ALLEGAZIONI
DI GIUSEPPE PASQUAL CIRILLO

Primario Professor di Leggi nella Regia Napoletana Accademia, ed Avvocato famigeratissimo.

DISTRIBUITE IN PIU' TOMI

DALL' AVVOCATO

DOMENICO BRACALE,

E dal medesimo disposte per materie, e corredate di argomenti, e sommarj a ciascuna allegazione corrispondenti, e di generale indice, e distinto, il quale si allogherà nell' ultimo tomo di quest' Opera.

TOMO SETTIMO.

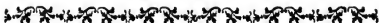
IN NAPOLI MDCCLXXXII.

Nella Stamperia de' Fratelli di Paci.

Con Licenza de' Superiori.

ALLEGAZIONI,

LE QUALI CONTENGONO LE SEGUENTI MATERIE.

Si profegue la materia

Per lo magnifico Domenico Pinto contra D. Niccolò Vaſtalegna, e D. Fulvia Terragnoli.

ARGOMENTO.

I. Non può il padre dare nel teſtamento il Curatore al ſuo figliuol prodigo.

II. Il contratto fatto dal prodigo, cui ſia ſtata dal Giudice interdetta l' amminiſtrazion de' beni, è valido, quandochè però colui, che abbia col prodigo contrattato, non abbia avuta ſcienza dell' interdizione.

SOM-

SOMMARIO.

1 IL *Curatore dato dal padre al figlio minore, devesi dal Magistrato confermare.*

2 *Al figlio furioso, può il padre dare il curatore nel testamento.*

3 *Al figlio prodigo, non può il padre dare il curatore nel testamento:* Ved. il num. 1. e 2.

4 *Della differenza, che passa tra 'l prodigo, e 'l furioso.*

5 *In quali casi vaglia, o non vaglia il contratto fatto dal prodigo:* Ved. il num. seg.

6 *Della scienza, che debba aver colui, che contragga col prodigo interdetto della propria roba.*

7 *L' alienazione fatta contr' il divieto del Giudice, è nulla. E' valida, dove di un tal divieto non abbia scienza il compratore:* Ved. il num. 9. e 10.

8 *La notifica del decreto, che assi a fare fuori del luogo del giudizio, è nulla, se non si faccia in presenza di due testimonj.*

11 *Il temerario litigante dev' esser condannato alle spese della lite.*

ALLEGAZIONE I.

EL dì 18. del mese di Aprile dell' anno 1753. vendè D. Francescantonio Vastalegna al magn. Domenico Pinto per duc. 800. un capitale di pari somma ereditario di sua madre, per cui si corrispondeano dal Marchese Cedronio annui ducati 38. Se ne stipulò l' istrumento dal Notajo Domenico Carrino: e ne fu dal Pinto pagato interamente il prezzo. Cotesta vendita s' impugnò nella G. Corte da D. Niccolò Vastalegna, zio paterno del venditore, cui riuscì di ottenere, quando si diè termine nella causa, che si ordinasse al Marchese Cedronio di far deposito delle annualità. Ma finalmente, compilatosi il termine, profferì la G. Corte il seguente decreto diffinitivo: *Dominicus Pinto absolvatur ab impetitis pro parte magn. D. Nicolai Vastalegna pro caussa, ut ex actis: ac proinde sequestrum factum super quantitatibus debitis ab Ill. Marchione Roccae Evandri pro capitali in actis deducto, tollatur.*

tur. Contra cotesta prima parte del decreto richiamossi al S. Consiglio D. Niccolò. Ma soggiungesi nel decreto: *Verum sint salva jura respectu praetensorum pro parte d. magnifici D. Nicolai in alio judicio, pro quo effectu d. Ill. Marchio non reemat capitale praedictum inconsulta M. C. etiam pro cautela dotium D. Fulviae Terragnoli, donec aliter &c. & pro litis expensis partes absolvantur ad invicem*. Contra cotesta seconda parte del decreto richiamossi ancora al S. Consiglio Domenico Pinto, per cui ora scrivo: e questa è la causa, che assi a decidere.

C A P O I.

Si esamina la prima parte del decreto.

PRetese D. Niccolò nella G. Corte, e pretende anche oggi nel S. Consiglio, esser nulla la vendita fatta dal suo nipote, come fatta da un prodigo. Provò nella G. Corte la prodigalità del nipote per lo testamento del padre, che tale il dichiarò, e seguentemente ad esso D. Niccolò diè l' amministrazione de' di lui beni: amministrazione, che, in virtù del suddetto testamento, gli fu poi deferita dalla Corte di Benevento. La provò ancora per un altro decreto della medesima Corte, per cui alcuni mesi prima, che la vendita si facesse, era stata interdetta a D. Francescantonio, come a prodigo, l' amministrazione de' beni. L' ha poi nel S. Consiglio provata per più testimonj, che, deponendo sull' art. IX. dicono, *che appena giunto colui alla età di 12. anni, cominciò a contrarre debiti di somma considerazione, tantochè comprava da pubblici mercadanti, ed orefici varie robe, e specialmente oro, ed argento, e poi per capriccio riven-*

vendeva a vilissimo prezzo, e consumava il danaro in gioco, e con donne di mal' odore.

Di coteste pruove non è da tenere alcun conto. E per cominciare dall' ultima, si vuol primamente notare, che i quattro testimonj prodotti da D. Niccolò, non meritano alcuna fede. Essi, deponendo sull'artic. X, dicono di sapere, ch' essendo *tenue il patrimonio di D. Bartolomeo, e dovendosi monacare D. Cassandra*, sorella di D. Francescantonio, i *duc. 600.*, che vi bisognarono, *furono pagati da D. Niccolò*. Quante menzogne! Il patrimonio di D. Bartolomeo non era tenue di certo. Avendo egli donata sua roba a D. Francescantonio per contemplazion delle nozze, che poi contrasse con D. Fulvia Terragnoli, si riserbò la facoltà di disporre di duc. 2000. Oltre a ciò, non è vero, che D. Niccolò spese di suo i duc. 600. Lo stesso D. Niccolò più volte confessò nella G. Corte, che *di proprio danaro di D. Bartolomeo era stata dotata D. Cassandra*. E' massima indubitata di Legge, che chi dice il falso in una cosa, è da presumere, che 'l dica ancora in tutte. E poi chi è, cui possa parer verisimile, che *mercadanti, ed orefici* vendessero ad un fanciullo di 12. anni *oro, ed argento*, ed altra roba *di somma considerazione?* ad un fanciullo, ch' era figlio di famiglia? ad un fanciullo, il cui padre aveva (a detto loro) *tenue patrimonio?* Per rispetto di quel, che leggesi della prodigalità di D. Francescantonio nel testamento del padre; comechè sia gravissimo il giudizio paterno, non dee però valer tanto, che, perchè 'l padre dichiari prodigo un figlio, abbia costui ad aversi per tale, e non possa amministrare sua roba. E quando si voglia concedere al padre qualche diritto sulla roba, che da lui passa al figlio, non gli si può di certo concedere sopra quella, che al figlio è pervenuta dalla madre, qual'è 'l capitale, di cui ora si tratta. Permetton le Leggi al pa-

padre di dare nel teſtamento il curatore al figlio minore, non al prodigo: e per riſpetto del curatore dato nel teſtamento al minore, non ſono le leggi contente del ſolo giudizio del padre: vogliono ancora, che ſi confermi dal Magiſtrato (*a*). Solamente al figlio *furioſo* volle Giuſtiniano, che poteſſe il padre dare il curatore nel teſtamento (*b*); ma chi è, che oſi di eſtendere la Coſtituzion di Giuſtiniano dal furioſo al prodigo? Prima di quella Coſtituzione, non permetteaſi al padre di dare nel teſtamento il curatore al figlio furioſo. Dunque, come correttoria del jus antico, deve interpetrarſi così ſtrettamente, che non ſi eſtenda al prodigo, tuttochè pari foſſe la ragione nel prodigo, e nel furioſo. Ma non è pari di certo. Il furioſo affatto non intende quel che fa. Il prodigo, tuttochè male amminiſtri la ſua roba, nondimeno intende quel che fa: onde più facilmente ci poſſiamo ingannare nel credere, che taluno ſia prodigo, che nel crederlo furioſo. Torna bene quì un reſcritto dell' Imp. Pio (*c*): *Non eſt novum, quosdam, & ſi mentis ſuae videbuntur ex ſermonibus compotes eſſe, tamen ſic tractare bona ad ſe pertinentia, ut, niſi ſubveniatur his, deducantur in egeſtatem*. Finalmente, per quel, che ſi appartiene al decreto, col quale fu dalla Corte di Benevento interdetta a D. Franceſcantonio l' amminiſtrazion de' beni, riſpondo in primo luogo, che di quello non ſi è tenuto alcun conto nè nella G. Corte, nè nel S. Conſiglio, ne' quali due Tribunali fu prodotto da D. Niccolò: riſpondo in ſecondo luogo, che quel decreto non oſta alla validità della compera, poichè Domenico Pin-

tò

(a) *L.* 1. §. 3. *ff. de confirm. tut. vel curat.*, & §. 1. *Inſt. de curat.*

(b) *L. ult.* §. 5. *C. de curat. furioſi.*

(c) *In L. his, qui* 12. §. 2. *de tut. & cur. dat.*

to nulla ſapeva, nè poteva ſaper nulla degli atti della Corte di Benevento. Han dubitato gl'interpetri, ſe vaglia il contratto fatto dal prodigo, dappoichè gli era ſtata dal Giudice interdetta l'amminiſtrazion de' beni, quandochè però colui, che contraſſe col prodigo, non ſapea l'interdizione. Diſſer di no Aleſſandro (a), ed alcuni altri pochi. Ma la più gran parte degli antichi, e de' moderni, diſſer di sì, ſeguendo il de Caſtro (b). Se non che è queſta, per mio avviſo, non opinion de' Dottori, ma certa, ed indubitata ſentenza del jus civile. Sciſſe Pomponio (c): *Si ſciens emam ab eo, cui bonis interdictum ſit .... dominus non ero.* Sciſſe Paolo (d): *Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu ſcias: uſucapere non potes.* Le parole *ſciens*, e *ſcias* di Pomponio, e di Paolo, moſtrano chiaramente, che la vendita fatta dal prodigo interdetto della propria roba, e l'uſucapione della roba altrui dal prodigo interdetto venduta, allora non ſi ſoſtengono, quando chi compera, ha la ſcienza della interdizione de' beni. Dunque, per argomento tratto dal ſenſo contrario, quando il compratore non ne ha ſcienza, vale il contratto: e ſe la roba è propria del prodigo, ſe ne traſferiſce il dominio: ſe la roba è di altrui, l'uſucapione procede. A coteſto argomento non potè riſpondere Aleſſandro, nè alcun di que' pochi, che la di lui opinione ſeguirono. Così l'accuratiſſimo Fachineo (e): *Contrariam ſententiam ſequutus eſt Alexander, eo argumento, quod jure non probatur, hoc in caſu valere contractum; ſed quum non reſpondeat ad L.* ſi ſciens *ff. de con-*

(a) *In L. is cui bonis n. 12. de verb. oblig.*
(b) *In d. L. is cui bonis num. 11.*
(c) *In L. ſi ſciens 26. de contr. emt.*
(d) *In L. ſi ab eo 12. de uſurpat. & uſucap.*
(e) *Controv. jur. lib. 2. cap. 68.*

contrah. emt. (ch'è'l testo di Pomponio) *cujus auctoritate valde probabilis prior est sententia, eam tamquam communiorem, & aequiorem magis probo*. La pruova della scienza dovrebbe farsi da D. Niccolò Vastalegna. Cotesta pruova non si è fatta; ed è ben malagevole a farsi contra la veementissima presunzione, che milita in pro del Pinto. Essendo stata l'amministrazione a D. Francescantonio interdetta da una Corte straniera, si ha da presumere, che nulla il Pinto ne potesse sapere. Così fu deciso nel Senato di Savoja ne' tempi di Antonio Fabro: e pur si trattava di prodigo, cui erasi interdetta l'amministrazione in un' altra provincia, ma del medesimo Principato, ch'è una gravissima circostanza, che non concorre nel nostro caso (a): *Si is, qui in alia provincia habitabat, cum eo contraxerit, cui bonis interdictum erat a judice, non ideo sola interdictionis potestate contractus nullus videbitur; est enim verisimilis haec ignorantia prohibitionis, & interdictionis*. Se ne soggiunse dal Fabro la seguente ragione (b): *Non solum quod sit ignorantia facti alieni, l. ult. ff. pro suo; sed etiam quod difficile sit cuilibet scire ea, quae extra suam provinciam geruntur; praeter id, quod dici solet, ac verum est, vocem praeconis paucis innotescere*.

Ma non per la sola prodigalità di Francescantonio pretende D. Niccolò, che nulla si dichiari la vendita del suddetto capitale. Pretende ancor, che sia nulla, perchè fatta contr'al precetto del Giudice. Nel dì 24. del mese di Gennajo dell' anno 1753. ad istanza di D. Fulvia Terragnoli moglie di D. Francescantonio, fu a costui ordinata dal Giudice D. Pietro Senzio, che non alienasse: il qual decreto gli fu notificato in Benevento nel dì 16. del

(a) *Ant. Fab. in Cod. lib. 5. tit. 38. def. 1.*
(b) *In Not. num. 2.*

del mese di Febbrajo; cioè due mesi, ed alquanti giorni prima, che quella vendita si facesse. Che l' alienazion fatta contra 'l divieto del Giudice sia nulla, non è da dubitare (*a*).

A cotesta objezione renderò più risposte. La prima è. Notificandosi il decreto fuori del luogo del giudizio, doveano alla notificazione esser presenti due testimonj secondo una espressa Prammatica del Regno (*b*), nella qual si soggiunge, che la citazione altrimenti fatta non vale. Cotesta necessaria solennità in quella notificazione non si osservò. La seconda è. Sebben sia vera la regola, che non vale la vendita fatta contra 'l precetto del Giudice; nondimeno si eccettua il caso, quando d' un tal precetto non ha notizia il compratore. Questa eccezione ci vien proposta non oscuramente dal giurisconsulto Paolo nelle soprarrecate parole (*c*): *Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes*. Erasi nel caso di Paolo vietata l' alienazion dal Pretore, che, come si sa per ciascuno, era uno de' Magistrati maggiori di Roma. Dunque, vendendosi contr' al divieto del Pretore la roba aliena, non potea procedere l' usucapione, perchè, essendo nulla la vendita, mancava il giusto titolo. Ma, dicendo Paolo, *idque tu scias*, ci fa chiaramente conoscere, che se 'l compratore avesse ignorata la proibizion del Pretore, sarebbesi fatto luogo alla usucapione. Ma come potea questa procedere altrimenti, che valendo la vendita? Certamente senza il giusto titolo non può l' usucapion cominciare. Dunque Paolo suppose come cosa indubitata, che ignorandosi dal compratore del precetto del Giudice, la vendita si sostenesse.

(a) *Sanfel. decis.* 105. *num.* 6. *&* *seqq.*
(b) *Pr.* 2. *de ord. jud.*
(c) *In d. L.* 12. *de usuc.*

7 8 9

se. Tanto opera appresso i Romani giurisconsulti la buona fede. Oltre a ciò, tutto quel, che di sopra si è scritto di chi compra con buona fede dal prodigo dopo l' interdizione, tutto ha luogo anche quì. L'interdizione, che fassi al prodigo, altro non è, che un precetto del Giudice di non alienare: anzi è quella qualche cosa di più, sì perchè fassi con più esatta cognizion di causa, come perchè si dee solennemente pubblicare colla voce del banditore, secondochè insegna il lodato Antonio Fabro (a). Or se l' ignoranza, e la buona fede del compratore sostiene il contratto celebrato col prodigo interdetto, molto più dee sostenerlo, quandochè sia celebrato col non prodigo, cui abbia il Giudice fatto il divieto di alienare. Dovrebbe dunque provare D. Niccolò, che'l Pinto ebbe scienza del decreto del Giudice Senzio. Ma cotesta pruova manca del tutto.

C A P O II.

Si esamina la seconda parte del decreto.

NElla seconda parte del decreto si riserbarono a D. Niccolò le ragioni in altro giudizio, perchè le di lui pretensioni non eran cadute sotto il termine dato dalla G. Corte. E comecchè si lusinghi D. Niccolò, che ne abbia oggi a giudicare il S. Consiglio, e' se ne lusinga in vano. Il S. Consiglio, dovendo giudicare in grado di appellazione, dee, secondo le notissime regole della Legge, usar di sua giuridizione su quelle sole cose, che furono nella G. Corte dedotte, e sulle quali fu dato il termine dalla G. Corte. Ma si rechino pure ad esa-

(a) *In d. def. d. num.* 2.

esame, e ne giudichi il S. Consiglio. Vuole D. Niccolò Vastalegna quel, ch' e' pagò di suo per le doti di D. Cassandra sua nipote? Ma come il può pretendere dopo che ha egli in due istanze confessato nella G. Corte, che *di proprio danaro di D. Bartolomeo era stata colei dotata?* Vuole duc. 150., che da D. Nicoletta Pepe, madre di D. Francescantonio, furon legati per messe, de' quali 50. e' dice, che furon pagati da D. Bartolomeo, di cui egli fu erede, e 100. da lui di suo danaro? Ma primieramente non ci è di tutto ciò, ch' e' dice, alcuna pruova negli atti: secondamente, avendo D. Bartolomeo, come padre, e legittimo amministratore di D. Francescantonio, per più anni amministrata l'eredità di D. Nicoletta, da' conti, che di cotesta amministrazione si debbon dare, apparirà, se 'l debitore esser debba l'amministratore, o l'erede.

Intanto è da sperare, che debba il S. Consiglio condannare D. Niccolò Vastalegna alle spese contr' a ciò, che nel fine del decreto si legge. E' notissimo quel detto di Ulpiano (a): *Eum, quem temere adversarium suum in judicium vocasse constitit, viatica, litisque sumtus adversario suo reddere oportebit*. La pretensione del Vastalegna si è da me mostrata contraria a chiare ed espresse disposizioni di Leggi: il perchè dee *temeraria* chiamarsi. 11

Di casa il dì 11. del mese di Aprile dell'anno 1758.

Per

(a) *In L. cum 79. ff. de judic.*

Per lo Barone D. Luigi, per D. Antonio, e per D. Gaspare Ricciulli del Fosso contra D. Catterina Pallone.

ARGOMENTO.

L'Alienazione di un fondo di un impubere soggetto a fedecommesso, e reso litigioso, essendosi fatta dal padre come amministratore de' beni dello stesso figlio impubere, per dismetterne i debiti del fedecommettente, è valida, tuttochè sia stata fatta senza decreto di Giudice.

SOMMARIO.

1 *IL padre può alienare i beni del figlio, de' quali è legittimo amministratore.*
2 *Quali sono i casi, onde le alienazioni delle cose litigiose reputansi valide:* Ved. i num. seg.
6 *Chi impugna il testamento, donde nasce il fedecommesso, non può valersi dello stesso fedecommesso.*
7 *La vendita della roba sottoposta a fedecommesso puro, non vale. Ma se'l fedecommesso è condizionato, vale, pendente la condizione.*
8 *Ne' fedecommessi puri vale la vendita de' beni fatta per estinguersi i beni del fedecommettente, tuttochè siavi espressa proibizion d' alienare: nè si richiede decreto di Giudice:* Ved. il num. seg.

AL-

ALLEGAZIONE II.

AVendo D. Gabriele Gargano, come padre di D. Benedetta, e legittimo amminiſtratore de' di lei beni, venduto al Barone D. Stefano Ricciulli, padre di D. Luigi, di D. Antonio, e di D. Gaſpare, un fondo detto la *Cotura*, fondo a D. Benedetta pervenuto dalla eredità di D. Auria Pariſe ſua madre: ed avendolo venduto per eſtinguer debiti ereditarj, pretende D. Catterina Pallone, figlia della ſuddetta D. Auria, che ſi maritò la prima volta in D. Giambatiſta Pallone, eſſer coteſta vendita del tutto nulla: e 'l di lei dottiſſimo Difenſore, quel dì, che della cauſa ragionò nel S. Conſiglio, propoſe tre *nullità* di quel contratto. A' di lui argomenti, ecco mi ſo io a riſpondere in queſta breve Scrittura.

PRIMA NULLITA'.

DA Benedetta (diceva il dotto Avverſario) era *pupilla*: ſeguentemente nella vendita di quel fondo ſi doveano oſſervare quelle ſolennità, ſenza cui le diſtrazioni de' beni de' pupilli non vaglion per Legge.

RISPOSTA.

DA Benedetta era *impubere*, non *pupilla*, poichè nel tempo della vendita era ſottopoſta al padre, non al tutore. Grande è poi la differenza tra 'l tutore, e 'l padre. Il tutore, ſenza le ſolennità della Legge, non può diſtrarre i beni del pupillo: può per contrario, ſenza decreto di giudice, alienare il padre i beni del figlio, de' quali è legittimo amminiſtratore. Così l' Imp. Giuſti- I

niano (*a*)*: Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, quum etiam apud veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum superfederit; habeat pater licentiam ex rebus hereditariis.... sufficientem partem nomine filii venundare, ut illico reddatur aes alienum.* Così ancora decise il Senato di Savoja appresso il Fabro (*b*)*: Non bene tutori comparatur pater in administratione bonorum filii, quamvis uterque sit legitimus administrator; tutor enim, quamvis aes alienum urgeat, tamen pupilli rem sine decreto distrahere non potest: pater potest, sive quod plus juris habeat, qui non solum administrator est, sed etiam fructuarius, sive quod multo minus suspecta patris, quam tutoris fides esse debeat.*

SECONDA NULLITA'.

DIceva ancor l'Avversario: Fu quel fondo venduto, quando, per l'azione istituita da' figli del primo letto contr' a' figli del secondo, erasi fatta d'ordine del Giudice l'annotazione de' beni ereditarj di D. Auria Parise, in virtù di cui era quel fondo divenuto litigioso.

RISPOSTA.

2 NOn si dubita, che nulle sono le alienazioni delle cose litigiose. Nulle le dichiarò l'Imp. Giustiniano (*c*). Ma vuolsi osservare, che ci son casi, che si traggon fuora di cotesta regola di Legge. Alcuni n'eccettuò l'Imp. Giustiniano per le seguenti parole (*d*)*: Exceptis his*,

(a) *In L. ult. §. sin autem* 4. *C. de bon. quae lib.*
(b) *In C. tit.* 36. *def.* 3.
(c) *In L. lite* 2. *C. de litig.*
(d) *In L. censemus* 4. *in fin. Cod. eod.*

his, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut divisionis rerum hereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommissi caussam tales res, vel actiones dederint, vel acceperint. Eccettuò i medesimi casi il nostro Imp. Federigo in una sua Costituzione (a). Ma cotesti casi non s'intendono così *tassativamente* eccettuati, che non se ne debba eccettuare anche qualche altro. E ben qualche altro ancora n'eccettuano il più de' migliori interpetri della Costituzion di Giustiniano, e tutti i forensi, senza contraddetto di alcuno. Vaglia per tutti il solo Card. de Luca, che, trattando della nullità della vendita de' beni litigiosi, scrive (b): *Ad hunc effectum duo copulative desiderantur, primo scilicet, ut verum & formale vitium litigiosi contractum sit in his bonis: secundo, ut nulla concurrat legitima caussa, quae id licitum reddat, unde propterea vel sit unus de casibus in eadem L. finali exceptis, vel QUOD SIT SIMILIS, CUI EADEM RATIO CONGRUAT*. E perchè non pochi sono i casi simiglianti, soggiunge quel giudizioso Scrittore, che ben di rado nel foro si va tant'oltre, che sì fatte alienazioni si dichiarino nulle (c): *Rari sunt casus, in quibus hic effectus* (della nullità) *in praxi verificetur*. 3

La ragion, per cui ne' casi da Giustiniano eccettuati permettesi l'alienazione, è, perchè fassi in que' casi l'alienazione per causa onesta, e necessaria, non per *vessare l'avversario*, come il Cujacio scrive (d), o, come dice l'Imp. Federigo, *per impedire il processo del giudizio*. Dunque qualunque altra causa egualmente onesta, e necessaria, dee per la stessa ragione aversi per eccettuata. 4

(a) *In Const.* eorum fraudibus.
(b) *De alienat. disc.* 40. *n.* 8.
(c) *d. disc. num.* 9.
(d) *In Paratit.*

In fatti gl' interpetri delle due sopraccitate Costituzioni di Giustiniano, e di Federigo, generalmente eccettuano tutte le alienazioni necessarie. Così 'l Duareno, sponendo la Costituzion di Giustiniano (*a*): *Sunt aliquot casus, in quibus non probibetur alienatio rei litigiosae, ut puta si ex caussa legati, vel fideicommissi, dotis, ante nuptias donationis, transactionis, divisionis rerum hereditariarum fiat, L. 3. & ult. Cod. eod. Idem dicendum est, si ex QUACUMQUE CAUSSA NECESSARIA res alienetur.* Così l'Afflitto nel comento sulla Costituzion di Federigo (*b*): *Tertius decimus casus est, si res litigiosa alienetur EX CAUSSA NECESSARIA, tunc non contrahitur vitium litigiosi.* Che poi debba aversi per alienazione necessaria quella, che si fa per estinguere i debiti ereditarj, non è da dubitare in alcun modo. Così scrive il Basio sul citato luogo di Afflitto (*c*): *Adde, causa necessaria dicitur, quando imminet aes alienum.* Così, per comun sentimento de' Dottori, insegna il Card. de Luca, che, dandosi *in solutum* la roba litigiosa al creditore, che sia vero, ed anteriore, o poziore, cessa del tutto la proibizion della Legge (*d*): *Alienatio rei litigiosae in jure expresse prohibita est: quumque ipsa Lex, quae hanc alienationem damnat, aliquos excipiat casus: Doctores ex rationis identitate ad alios similes extendunt, puta ad illum dationis in solutum, quae facta sit vero creditori anteriori, vel potiori.* Anzi non richiede il Card. de Luca, che la causa, onde l'alienazione si fa, sia assolutamente necessaria. Si contenta della sola onestà della causa, per cui si escluda il sospetto, che vogliasi per l' alienazione della

(a) *In tit. ff. de litigiosis tom. 1. p. num. 835. col. 2.*
(b) *Num. 17.*
(c) *In Addit. lit. E.*
(d) *De judic. disc. 40. num. 20.*

della roba litigiosa far frode all' avversario: sulla qual ragione si fonda il divieto della Legge (a): *Doctores ex rationis identitate ad similes casus extendunt, & generaliter ad quemcumque actum, cui non congruat ratio fraudis, ac supplantationis, cui Legis probibitio innixa est.* E di vero nella Costituzion di Giustiniano si eccettua il caso del legato della cosa litigiosa: la qual causa non è necessaria di certo. E perchè si eccettua? *Quia hujus alienationis occasio est*, dice elegantemente il Cujacio (b), *mors litigatoris, non cupiditas vexandi adversarii.* Or come può dirsi nulla la vendita della *Cotura?* Col prezzo di quel fondo si estinsero debiti ereditarj, per la più gran parte de' quali si pagavano gravissime usure.

TERZA NULLITA'.

IN terzo luogo l' Avversario dicea. D. Auria Parise, casochè D. Benedetta senza discendenti morisse, come di fatto morì senza discendenti, invitò alla successione i figli del primo letto. Era dunque la *Cotura* soggetta a fedecommesso: onde, giusta il jus comune, non potea vendersi senza decreto di Giudice, e, giusta il jus municipale, richiedeansi le solennità della *Prammatica un. de vinc.*

RISPOSTA.

DEl suddetto fedecommesso non può per Legge (c) 6 D. Catterina valersi, dopo che ha osato d' impugnare il testamento di D. Auria. E poi quel fedecommesso fu

(a) *d. num.* 20.
(b) *In tit. Cod. de litigios.*
(c) *L.* 22. *ff. de vulg.*

7 fu condizionato. Per Legge (a), se si vende la roba sottoposta a fedecommesso puro, la vendita non vale; ma se'l fedecommesso è condizionato, la vendita fatta, pen-
8 dente la condizione, val senza dubbio. Ma sia puro quel fedecommesso, e siavi nel testamento l' espressa proibizion d' alienare. Anche in cotesto caso, per estinguere i debiti del fedecommettente, la roba a fedecommesso soggetta, può vendersi, perchè deve il fedecommesso abbracciare la sola roba propria del testatore: e la roba propria è quella, che rimane dedotti i debiti. Che poi non si richiegga decreto di Giudice, è chiaro per più luoghi de' Romani Giurisconsulti, e nominatamente per uno di Scevola (b), ove al chiamato si dà la facoltà d'alienare per estinguere i debiti del fedecommettente. Nè di ciò dubitano punto i Dottori, spezialmente i forensi. Fusario, proposta la massima (c), *posse fideicommissi bona alienari pro solvendis debitis testatoris*, soggiunge (d), *Ampliatur, ut nec sententia, vel judicis decretum sit necessarium*. Per rispetto poi della *Prammatica un. de vincul.*, primamente si noti, che parla la *Prammatica* del caso, che si tratti di *rivocare le disposizioni fatte da' testatori*, come quivi si dice: il che tanto è lunge, che si avveri, quando per estinguere i debiti del
9 fedecommettente si aliena la roba, che anzi è cosa indubitata appresso tutti i Dottori (e), *nec testatorem posse prohibere alienationem bonorum pro aere alieno solvendo*: secondamente non essendo da presumere, che avesse la *Prammatica* voluto abrogare il jus comune, ma che avesse

(a) *L. ult.* §. 3. *Cod. comm. de leg.*
(b) *In L. pater filium* 38. *ff. de leg.* 3.
(c) *De subst. q.* 541. *num.* 1.
(d) *Num.* 3.
(e) *Fusar. d. quaest. num.* 9.

se solamente voluto aggiungere alla solennità del decreto, richiesta dal jus comune, altre nuove solennità; necessariamente ne segue, che debba quella aver luogo in que' casi soli, ne' quali richiedesi per jus comune il decreto del Giudice: tra' quali casi, secondochè si è mostrato, non è certamente il nostro.

Di Casa il dì 1. del mese di Settembre dell' anno 1758.

DELL'

Pe' Censuarj del Principe della Pietra.

ARGOMENTO.

I. Se la *L. 2. Cod. de rescindenda venditione*, possa estendersi dalla vendita all'enfiteusi.

II. La devoluzione accidentale, per cagion di alienazione nascente da colpa positiva, ed inescusabile, la quale importi dolo, o malizia, perchè possa aver luogo, cosa mai assi a provare dal padron diretto: e di qual genere esser ne debba la pruova.

SOMMARIO.

1 SE *la* L. 2. Cod. de rescind. vendit. *si estenda alla locazione, ed all' enfiteusi:* Ved. i num. seg.

2 *A rescindere il contratto come lesivo, assi ad attendere il tempo in cui fu fatto; anche dove il contratto abbia tratto successivo:* Ved. i num. seg.

4 *Il patto, che è iniquo nel tempo in cui si fa, non è da attendere:* Ved. i num. seg.

6 *Del divario, che passa tra 'l legato annuo, e l' annua stipulazione: molti sono gli effetti legali dell' uno, e dell' altra.*

7 *L' enfiteusi è simigliantissima alla locazione, spezialmente dove il canone sia corrispondente alla quantità de' frutti.*

8 *Il locatore non può pretendere augumento della pensione, se 'l conduttore sia in lucro.*

9 *Alcuni contratti aventi tratto successivo, possono esser lesi-*

lesivi in ciascun anno, come se in ogni anno si rinnovassero; e quali sieno: Ved. i num. seg.

12 *Se per la mancanza de' frutti possa l' enfiteuta pretendere, che 'l canone si scemi. E, per l' opposto, se per l' augumento, possa il padron diretto pretender, che si accresca:* Ved. il num. 13. e 14.

15 *Il maggiore di età, avendo scienza dell' atto fatto nella minor età, se colle parole, o co' fatti il medesimo atto ratifica, non può più impugnarlo:* Ved. i num. seg.

16 *La libertà è cosa inestimabile.*

18 *Della devoluzione accidentale, per cagion di alienazione nascente da colpa positiva, ed inescusabile, la quale importi dolo, o malizia.*

19 *Perchè abbia effetto la devoluzion colposa, uop' è provarsi, che l' enfiteuta, alienando, abbia certa scienza del divieto dell' alienazione senz' il consenso del padron diretto.*

20 *La pruova di cotesta scienza deve esser certa, e specifica, non bastando la presunta.*

21 *De' casi in cui s' impedisce l' effetto della devoluzione:* Ved. il num. seg.

ALLEGAZIONE III.

TRE giudizj ha cumulati ad un tempo il Principe della Pietra contr' a 39. suoi Censuarj, pe' quali ora scrivo. Il primo è di *lesione:* il secondo di *nullità:* il terzo di *devoluzione*. I fatti, onde la presente causa nasce, son questi. D. Marcello Lottiero, zio paterno del Principe, nel dì 28. del mese di Marzo dell' anno 1733, a nome della vedova D. Francesca Mastrilli, Principessa della Pietra, sua madre, diè in enfiteusi a 19. persone del Casale di Bosco, e Bosco Reale, una masseria di moggi 177. e none 4., che chiamerò *masseria grande*, per

l'annuo canone perpetuo di duc. 381.44. 1.1. indi nel dì 6. del mese di Aprile dell'anno 1737. diè, nel suddetto nome, in enfiteusi a 20. altre persone del medesimo Casale per l'annuo canone perpetuo di duc.450.45. moggi 142., una quarta, 7. none, ed una quinta d'un'altra masseria, che chiamerò *masseria picciola*, riserbandosene soli 10. moggi: i quali due contratti furon poi ratificati dalla Principessa Mastrilli. Finalmente nel dì 12. del mese di Giugno dell'anno 1743. la Principessa della Pietra D. Chiara Capece, madre, e curatrice del suddetto Principe, diè in enfiteusi a Geronimo Brancaccio, uno de' primi 19. Censuarj, per l'annuo canone perpetuo di duc.41. que' 10. moggi, che 'l soprannominato D. Marcello si avea riserbati. Or i due contratti degli anni 1733. e 1737. pretende l'odierno Principe della Pietra, che sieno lesivi: che 'l suddetto contratto dell'anno 1737. sia parimente nullo, e nullo ancora il contratto dell'anno 1743.: e che la più gran parte di quelle due masserie sia già per Legge a lui devoluta. Ma quanto e' s'inganni, si dimostrerà ne' tre seguenti Capi.

C A P O I.

Del giudizio della lesione.

1 SO, ch'estendon ben molti la notissima *Legge II. C. de resc. vend.* dal la vendita all'enfiteusi, come simigliantissima alla locazi one, in cui e' non dubitano, che la citata Legge abbia luogo. Ma poichè riuscì felicemente al dottissimo Antonio Fabro di dimostrare (*a*), essersi fatta quella Legge dagl' Imperadori Diocleziano, e Mas-

(a) *De error. pragm. dec.* 8. *err.* 8.

e Massimiano contra le regole del jus antico per ragioni così proprie del contratto della vendita, che mal possono convenire alla locazione; potrei lo stesso direttamente pretendere dell' enfiteusi. Pur si segua l' opinione ricevuta nel foro, ed estendasi ancora all' enfiteusi la detta *Legge II.* Che dovrebbe provare il Principe della Pietra? Che D. Marcello diè quelle due masserie in enfiteusi per un canone sì basso, che non fu da' Censuarj *nec dimidia pars veri pretii soluta*, come quivi si dice. E qual pruova ne ha fatta? Niuna. Sono negli atti le *perizie* del tavolario Attanasio, del Primario, e de' due tavolarj Porzio, e Vetromile, per le quali si esclude del tutto la lesione. La masseria grande fu data in enfiteusi giusta l' apprezzo dell' ingegniere Balbi, eletto dalle parti, per annui duc. 381. 44. Or ecco quanto l' estimarono que' periti per rispetto del tempo del contratto, il qual tempo è per Legge da attendere ne' giudizj di lesione (*a*). Il tavolario Attanasio le diè di rendita annui 597. 16., se non che per errore ne accrebbe la misura di moggi cinque, di sei quarte, e di una nona: il Primario annui 388. 13: i due tavolarj Porzio, e Vetromile annui 565. 31. Ne accrebbe, più che altri, la rendita il tavolario Attanasio, la cui *perizia*, per rispetto così della misura, come dell' apprezzo, fu reputata ingiusta dal Primario, e dagli ultimi due tavolarj; ma non osò di accrescerla in modo, che 'l contratto apparisse lesivo. Perchè tal fosse, era uopo, che ascendesse l' annua rendita a più di duc. 762. 88. La masseria picciola fu data in enfiteusi giusta l' apprezzo del Balbi per annui duc. 450. 45. L' Attanasio, nel tempo del contratto, le diè di rendita annui duc. 591. 75., il Primario annui 436., meno che non fu dal Balbi estimata: i due tavola-

(a) *L.* 8. *C. de rescind. vend.*

rj Porzio, e Vetromile annui duc. 592. 38. Perchè fosse lesivo cotesto secondo contratto, ascender dovea l'annua rendita a più di duc. 900.

Ingenuamente confessa il dottissimo Difensore del Principe della Pietra, che que' due contratti, nel tempo, in cui si fecero, non furon lesivi; ma soggiunge, che lesivi divennero col proceder del tempo.

Ed in qual luogo de' Libri del jus Romano si legge, che a rescindere un contratto, come lesivo, attender si possa altro tempo da quello, nel quale il contratto si fece? Io non ve l'ho letto ancora, anzi il contrario vi ho letto. Gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, autori della sopraccitata *Legge II.* in un' altra lor Legge (*a*), scrissero, potersi rescinder la vendita come lesiva, se dato si fosse *minus dimidia justi pretii*, *quod fuerat TEMPORE VENDITIONIS*. E quando mancasse, come non manca, il testo espresso, così richiederebbero i principj legali. E' regola certa di Legge, che, come ha taluno acquistato il dominio d'una cosa, tutti i futuri eventi tornar debbono in suo danno, e in suo pro (*b*). Poichè dunque l'enfiteuta acquista il dominio utile del fondo, suo esser deve il pro, se la rendita cresce, come suo è'l danno, se scema.

Ma l' accorto Contraddittore pretende esser da distinguere contratti da contratti. Ci son contratti, e' dice, che si perfezionano in un punto: ci son contratti, che han tratto successivo. I contratti del primo genere son quelli, che compiono in un punto l'affare in modo, che non lasciano al contraente cosa da fare nel tempo avvenire per rispetto dell' altro contraente. Tale, a cagion d'esem-

(a) *In d. L.* 8.

(b) *L. de eo* 12. §. *si quis* 3. *ff. ad exhib.*, & *L.* 9. *C. de pign. act.*

d'esempio, è la vendita. Questa si perfeziona in un punto per lo consenso de' contraenti sulla merce, e sul prezzo. Consegnata dal venditore la merce, e dato dal compratore il prezzo, tutto l' affare, è bello, e finito; nè resta al compratore altro peso da portare negli anni seguenti per rispetto del venditore. I contratti del secondo genere son quelli, che non compiono l'affare in un punto, ma lasciano al contraente cosa da fare ogni anno per rispetto dell' altro contraente, ed in un certo modo si rinnovellano in ciascun anno. Tal è l' enfiteusi. Questa realmente si contrae una volta, ma lascia all' enfiteuta il peso di pagare in ciascun anno il canone, per rispetto del quale, par, che rinnovisi ogni anno. Posta cotesta distinzione, il Contraddittore soggiunge, che 'l tempo del contratto, e non altro tempo si attende nella vendita, e negli altri simiglianti contratti, che si perfezionano in un punto; ma, per contrario, nella enfiteusi, e negli altri contratti, che han tratto successivo, anche il tempo avvenire si attende, sicchè quel contratto, che nel tempo, in cui si fece, era giusto, ben può negli anni seguenti diventare iniquo, e rescindersi, e ridursi a giustizia.

E' cotesta dottrina (francamente il dico, e 'l venerato Avversario se 'l porti in pace) un manifesto error di Legge. Primieramente, cotesta dottrina è contraria alle regole della buona interpetrazione. Il giudizio della lesione, dagl' Imp. Diocleziano, e Massimiano introdotto, non ci ha dubbio, che s' introdusse contra le regole del jus antico, secondo cui si poteano i contraenti *circonvenire* a vicenda (a); e s' introdusse per mera *umanità*, e per un *favor* particolare del venditore: *Humanum est*, dicono gl' Imperadori, parlando nominatamente del ven- 3

(a) *L.* 16. §. 4. *ff. de minor. L.* 22. §. 3. *ff. locat.*

venditore (*a*). Posto ciò la *Legge II.*, come *correttoria* del jus antico, non si potrebbe estendere dalla vendita all'enfiteusi (*b*). Ma si estenda: se non che quella regola si serbi, onde le Leggi si estendono da caso a caso. La regola è, che si estenda al caso, di cui non parla, con tutte le qualità del caso, di cui parla: altrimenti la Legge sarebbe più favorevole nel caso, di cui non parla, che nel caso, di cui parla: il quale è grandissimo assurdo. Or la Legge, che in grazia del venditore introdusse il giudizio della lesione, espressamente volle, che si attendesse il tempo del contratto, nol tempo avvenire: dunque colla medesima qualità si deve estendere all'enfiteusi; altrimenti favorirebbe più chi dà in enfiteusi, per cui non fu fatta, che chi vende, per cui nominatamente fu fatta. Secondamente, è contraria a' principj del giusto. Tuttochè 'l contratto riguardi il tempo futuro, se nel tempo del contratto, per rispetto dell'uno, e dell'altro contraente, pari è'l dubbio del pro, o del danno futuro, basta quel dubbio, perchè sia sempre giusto, è sempre fermo il contratto, qualunque cosa accada nel tempo avvenire. Ricavasi cotesta massima da un bel rescritto degl'Imperadori Valeriano, e Galieno nella *L. de fideicommisso* 11. *C. de transact.*, secondo cui così scrisse il de Luca (*c*): *Intrat ratio textus in L. de fideicommisso C. de transact., quod scilicet actus tractu temporis ita potest esse utilis, ac damnosus, unde si casus importat damnum, illud spectandum non est, quia poterat utilitatem importare.* E cotesto istesso dubbio del tempo del contratto fa, che sebbene all'uno de' contraenti riesca dappoi dannoso il contratto, pur l'altro, che ne ha ritrat-

10

(a) *V. d. L. 2., & Fabr. d. dec.* 8. *er.* 8.
(b) *V. Wisenbach. in lib.* 23. *ff. disp.* 45. *n.* 10.
(c) *De regal. disc.* 73. *n.* 4.

to lucro, con sicura coscienza sel goda. Così rescrisse Papa Alessandro III. all'Arcivescovo di Genua (a): *Venditores peccatum incurrunt, nisi dubium sit, merces illas plus, minusve tempore, quo pretium debent recipere, valituras*. Se non che P. Gregorio IX., ad escludere il peccato, anche un'altra condizione richiede (b), di cui non è mestier, che si parli nella causa presente.

Ma 'l dotto Avversario cita nella sua Scrittura in pro del cliente testi, e Dottori.

Dottori, e testi citerò pur io in pro de' miei clienti. Ma perchè meglio conoscasi, quanto sieno falsi i principj, ne' quali l' opinion contraria si appoggia, esaminerò prima i testi, onde quella si trae. I Dottori nella contraria Scrittura citati, e nominatamente il Larrea, abusano (o quanto!) di due mal intesi luoghi del jus civile. Trascrive l' Avversario le seguenti parole del 4 Larrea, ove il primo testo si cita (c): *Quando res tractu temporis fieret iniqua, potest judex contractum ad aequitatem reducere, ut arg. L. quum quidam 17. ff. de usur. notarunt* COMMUNITER *Doctores, & probavit Thesaurus dec. 126. per tot.*

Di questo primo testo mena il Contraddittore gran pompa. Ma notisi quel *communiter*, perchè si vegga, che quanto più comune, tanto più grave, ed intollerabile è l' abuso, che di quel testo si fa. Essendosi contratto un mutuo (eccone il caso) si stipularon le usure del 5. per 100.: ed espressamente convennesi, che non pagando il debitore in un anno le usure stipulate del 5., pagar le dovesse al 6. per 100. sin dal dì del contratto. Per alcuni anni pagò 'l debitore le usure sti-

pu-

(a) *In cap. in Civitate 6. de usur.*
(b) *In cap. ult. eod.*
(c) *Alleg. 32. num. 21.*

pulate: in un anno poi non le pagò. Pretendeva il creditore, a tenor del patto, il 6. per 100. dal dì del mutuo. Ricorse il debitore all'Imperador Marco, il quale, per testimonianza di Paolo, così rescrisse (a): *Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cujus iniquitate questus es, ad modum justae exactionis rediget.* Ecco, dice il Contraddittore, la facoltà data a' contraenti di ricorrere al Magistrato, perchè riduca a giustizia i contratti, che col proceder del tempo son divenuti iniqui.

5 Io non contendo nè a' contraenti, nè a' Magistrati cotesto diritto; ma è da usarne ne' casi permessi, de' quali scriverò più giù. Or che ha che fare il caso, che Paolo tratta, col nostro? Nel nostro caso, il contratto era giusto nel tempo, in cui si fece: solamente pretendesi, che col proceder del tempo fosse divenuto iniquo. Nel caso di Paolo, il patto, onde crescer doveano le usure, da principio era iniquo. Sarebbe stato, secondo il jus civile, da tollerarsi, che non avendo il debitore pagato un anno le usure stipulate del 5., pagasse negli anni seguenti, in pena della mora, le usure del 6. per 100.; ma era cosa iniquissima, che 'l povero debitore, il quale, come Paolo dice, avea per più anni puntualmente pagate le usure stipulate del 5., perchè poi non aveale pagate un anno, pagar le dovesse al 6. per 100. non solamente per gli anni seguenti, ma ancora per tutti gli anni antecedenti *ex die.* (son parole di Paolo) *qua mutuatus esset.* Era cotesto un aggiungere usure ad usure, e quasi lo stesso, ch' esigere usure d' usure: cosa in ogni tempo, e secondo tutte le Leggi, vietata. Così 'l Gotofredo (b): *Est iniquum, ut qui pro praeterito tempore obtemperavit, pro eodem tempore poenam patiatur, & incurrat. Hoc iniquum*

(a) *In d. L. quum quidam 17. ff. de usur.*
(b) *In d. L. quum quidam 17. num. 25.*

quum fuit, ut ex die contractus usuris usurae adcrescerent. Si usurae crescerent in praeteritum ex die contractus, usurae usuris adcrescerent. Usurae usurarum hoc modo exigerentur: quod semper fuit prohibitum.

Se 'l primo testo all' Avversario non giova, il secondo, che si allega da' Dottori, ch' e' cita, apertamente gli nuoce. Appresso il citato Larrea è scritto così (*a*): *Juvat etiam alia ratio, quia quando fit locatio plurium annorum* (lo stesso è da dire dell' enfiteusi) *non una locatio, & si unico contractu perficiatur, sed plures locationes judicantur, arg. L. Senatus* 35. §. *fin. ff. de mort. caus. donat.*

Debbo io saper grazia a' Dottori, che la opinione del mio Contraddittore difendono, dell' aver citato cotesto bel luogo di Paolo, il quale di manifesto error gli convince, e gran luce aggiunge alla ragione de' miei clienti. Quivi, parlandosi del legato annuo, si dice, esser non uno, ma molti: *multa esse legata;* cioè tanti, quanti sono gli anni. E perchè? Perchè 'l legato annuo non si compie del tutto, com' e' dicono, in un sol punto, ma ha tratto successivo. Quinci poi traggono, che anche la locazione di più anni, e molto più l' enfiteusi, non è una, ma tante, quanti sono gli anni; e che seguentemente nel giudizio della lesione, che contra 'l conduttore, e l' enfiteuta s' istituisce, oltre il primo tempo, si attende ancora lo stato di ciascun anno, richiedendo così la propria e particolar natura di que' contratti. Or chi crederebbe, che di tanti Dottori, che allegan quel testo, niuno si diè la briga di leggerlo intero? L' intero luogo del giurisconsulto Paolo, è questo: *Qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa* 6

(a) *In d. Alleg.* 32. *num.* 26.

essent legata, stipulatio tamen una est. Potea più chiaramente distinguersi dal legato *in annos singulos*, la stipulazione *in singulos annos?* Annua è questa: annuo è quello: amendue han tratto successivo; e pure, comechè l'annuo legato più, e diversi legati contenga, nondimeno la stipulazione annua è una: e non è solamente *una*, come Paolo dice, ma *una*, e *perpetua*, come dice Pomponio (*a*). Molti sono gli effetti legali della *unità*, e *perpetuità* della stipulazione annua, e della *pluralità* de' legati, che 'l legato annuo contiene. Qualche cosa ne ho scritto ne' miei comenti sulle Istituzioni di Giustiniano (*b*): nè la presente causa richiede, che quì nuovamente ne scriva. Ma non è da tacere, che uno de' principali effetti di quella *unità*, è l'esser da attendere nelle stipulazioni il tempo del contratto (*c*): ed è ciò comune a tutti gli altri atti tra vivi (*d*).

7 Ora citerò io un testo, che decide in pro de' Censuarj la causa. Quando si voglia, e si possa estendere la sopraccitata *Legge II.* dalla vendita ad altri contratti, si estenderà più agevolmente alla locazione, che all'enfiteusi. Di fatto non per altra ragione l'estendono i Dottori all'enfiteusi, se non perchè l'enfiteusi è simigliantissima alla locazione: anzi van più oltre, e dicono, che allora può l'enfiteusi soggiacere a lesione, quando la quantità del canone è corrispondente alla quantità de' frutti, non quando unicamente si presta in ricognizione del dominio diretto, appunto perchè nel primo caso molto più simiglia la locazione, in cui non si dubita, che

a'frut-

(a) *In L. si Stichum 16. §. 1. ff. de verb. obl.*
(b) *In tit. de verb. obl. §. 3.*
(c) *L. 78. eod.*
(d) *L. si merces 25. §. 6. ff. locat.*

a' frutti del fondo la pension corrisponda (a). Or ecco un testo del giurisconsulto Cajo, che, della locazione parlando, toglie al locatore qualunque azione, casochè 'l colono abbia negli anni seguenti raccolti in sì gran copia i frutti, che ne sia eccessivo il lucro: *Modicum damnum*, e' dice (b), *aequo animo ferre debet colonus, cui IMMODICUM lucrum non aufertur.*

Scoverto così per chiari ed espressi luoghi di Legge l' error degl' interpetri, che per la contraria sentenza si citano, che può valere la loro autorità? Ma non è egli vero quel *notarunt COMMUNITER* del Larrea. Sono essi ben pochi. La più gran parte, trattando de' contratti lesivi, non pongono differenza tra quelli, che si perfezionano in un punto, e quelli, che han tratto successivo. Negli uni, e negli altri attendono il solo tempo del contratto: e questa è l' opinione più ricevuta nel foro. Ne renda testimonianza quel medesimo Cardinal de Luca, che l' Avversario cita in suo pro. E' trascrive il seguente luogo del Cardinal de Luca trattante della locazione, e della enfiteusi (c): *Quando res concessa notabiliter tractu temporis augetur, canon seu pensio augeri quoque debet.* Ma doveva egli por mente, che quel giudiziosissimo Autore scrisse così, *motivando*: *Motivabam*, dice il de Luca. Dovea leggere innanzi, e lette vi avrebbe queste altre parole (d): *Magis communis est in contrarium, ut ex rei augmento non intret actio petendi augmentum canonis, vel pensionis.* Lo stesso insegna in più altri luoghi delle Opere sue, e spezialmente in uno, che pur dall' Avversario si cita in favor suo. Citasi dall' Av-

(a) *V. Capyc. latr. Decis.* 18. *num.* 6.
(b) *In d. L. si merces* 25. §. 6. *ff. locat.*
(c) *De alienat. disc.* 13. *num.* 15.
(d) *Eod. disc. num.* 16.

versario il *Discorso XIV. de alienat. num.* 11. & 12. Ma le tante lodevolissime cure, che l'ingombrano, fecero sì, ch'e' leggesse sol quello, che nel *num.* 11. avea scritto il de Luca, pur *motivando*; cioè la differenza tra que' contratti, che si perfezionano in un momento, e quelli, che han tratto successivo: e non leggesse poi le seguenti parole poste nel *num.* 12.: *Verum istud motivum credebam etiam in sensu veritatis negligendum fore, ac nullatenus obstare debere*. O se avesse avuto agio di leggere quel che soggiunse immediatamente il de Luca nel *num.* 13. sarebbesi accorto, che ben altri, ch'e' cita, trattano un caso diverso dal nostro: e se avessero trattato il nostro, gli sarebbero stati apertamente contrarj. Soggiunse il de Luca, che non tutti i contratti, che han tratto successivo, sono del medesimo genere. Alcuni contengono in ciascun anno un *gravame positivo*, consistente nel vero danno, cioè nella diminuzione del patrimonio, e nella perdita di quel che taluno ha del suo: alcuni contengono un *gravame negativo* consistente nella sola mancanza del lucro. I primi possono esser lesivi in ciascun anno, come se in ogni anno si rinnovassero. I secondi non meno, che i contratti, i quali si perfezionano in un momento, non possono esser lesivi, che nel primo tempo, in cui si fanno: e di questi secondi è l'enfiteusi. Piacemi di produrre alcuni esempj tratti da' Libri di que' medesimi Dottori, che cita l'Avversario pel suo cliente.

10 E' cita il *Consiglio* 548. del Natta. Il caso fu questo. Erasi un comune obbligato di vendere ogni anno alcune vettovaglie a certo e determinato prezzo. Convenevole era il prezzo nel tempo del contratto: ma col proceder del tempo crebbe cotanto, che 'l prezzo convenuto riusciva dannosissimo a quel comune. Il Natta, cotesto caso trattando, scrisse, che 'l contratto da principio giusto, era, col progresso del tempo, divenuto ini-

quo,

quo, e dovea ridursi ad equità. Questa dottrina, nel caso del Natta, torna assai bene. Sofferiva quel comune un *gravame positivo*, consistente vel vero danno. Dovea comperare a gran prezzo le vettovaglie, e venderle poi a prezzo assai vile.

11 Cita ancora il Tesauro, che scrive (*a*), esser *singolare*, e *mirabile* la facoltà data a' Giudici di ridurre ad equità i contratti divenuti col tratto del tempo iniqui, *etiam contra paciscentium pactionem, & stipulationem*. Ma qual'è l'esempio, che reca il Tesauro? Reca l'esempio d'un fornajo, che si era obbligato di cuocere a certo, e determinato prezzo il pane per un comune, che poi *creverat in immensum*. Che ha che fare cotesto col caso nostro? Sofferiva il fornajo un danno *positivo*. Dovea spender del suo per comperar le legna, e per somma molto maggior di quella, che in virtù del contratto esigea.

12 Cita finalmente il Capecelatro, che la stessa massima propone nel *num.* 5. della *Decis.* 18., e (quel che importa d'assai) la propone, parlando dell'enfiteusi. Ed io nol nego; ma più cose son da osservare. In primo luogo, parlando il Capecelatro d'un enfiteuta, muove il dubbio, se, mancando i frutti del fondo in guisa, che la parte, che ne rimane, non basti a pagare il canone (*b*), se dico, possa l'enfiteuta in tal caso pretendere, che 'l canone proporzionalmente si scemi. In secondo luogo, nel numero citato dall' Avversario, non approva il Capecelatro la massima come applicabile al caso, ch'e' trattava; ma semplicemente la riferisce, come quella, per cui aveano alcuni opinato, che per la mancanza de' frutti si potesse scemare il canone: indi nel *num.* 1., e ne' seguenti propone, e conferma per autorità

(a) *Decis.* 226. *num.* 1.
(b) *Num.* 2. 3. & 4.

tà di Dottori di più gran numero, e di maggior nome, e per molti esempj di cose giudicate la contraria opinione, detta dal Gizzio (*a*) *verior*, *& magis recepta*. Ma diasi, che avesse il Capecelatro seguita la prima opinione, e che sia questa la vera, pur diverso dal nostro è 'l caso, che tratta il Capecelatro. Altro è parlare dell' enfiteuta, che si duole, che mancano i frutti: altro è parlare del padron diretto, che si duole, che i frutti crescono. Costui si duole del ben d'altrui: colui si duole del proprio male. Tratta l'uno di far lucro: l'altro tratta di evitare il danno: onde il caso del Capecelatro è molto diverso dal nostro. In fatti que' Dottori, che quando *intollerabile* è 'l danno, consentono, che 'l canone si scemi, non consentono poi, che si accresca, comechè sia grande il lucro: la qual differenza è chiaramente espressa nella sopraccitata *L. si merces* 25. §. 6. *ff. locat.* Oltre a ciò, dove il locatore, e'l conduttore, o'l padron diretto, e l'enfiteuta trattano amendue di far lucro, come accade nel nostro caso, aver dee luogo la dottrina di Paolo di Castro (*b*), soprammodo commendata dal Fabro (*c*), che deve nel dubbio esser migliore la condizione del reo, *Quando est ubertas*, son parole di Paolo di Castro, *uterque certat de lucro; igitur in dubio potior est conditio rei*. Ed ecco come mostrano insussistente la pretension del Principe della Pietra que' medesimi testi, e que' medesimi Dottori, che dal suo de-
13 gnissimo Difensore si citano. Chiuderò questo Capo trascrivendo un' altro luogo del Card. de Luca, ove, premessa la contraria dottrina della lesione ne' contratti, che han

(a) *Obs. in d. Decis.* 18. *num.* 6.
(b) *In d. L. si merces* 25. §. 6.
(c) *In d. L.* 25. §. 6.

han tratto fucceffivo, fcrive (a): *Procedit, ubi agatur de onere, quod fingulis annis, vel temporibus, per actum positivum, per quem quis fufferre onus, ac damnum pati teneatur juxta cafum, de quo agit Natta ubi fupra, quod fcilicet teneretur Communitas fingulis annis vendere fruges, ac victualia pro certo, & determinato pretio, quod attento tempore conventionis erat congruum, de praefenti autem ob notabilem alterationem pretiorum remanet viliffimum: ad inftar illius venditionis pifcium, & carnium filveftrium, quam univerfitas Nurfinorum facere tenetur pro menfa Capituli, feu Confervatorum Populi, quum id recenfeatur inter onera ob damnum pofitivum, quod pati oportet in fuppletione ejus, quod neceffarium eft ad emendum ea bona pro pretio currenti, ut infinuatur fub tit. de regal. difc. 98: five juxta exemplum, quod noftri magis communiter tradere folent illius conventionis, quae fiat per furnarium, de coquendo panem in ejus furno pro aliqua familia, vel univerfitate, quae tunc effet parva, deinde vero tractu temporis multum excreta eft, aut demolendo triticum, five oleas in ejus molendinis cum fimilibus, adeout agatur de onere, quod confiftat in actu facti pofitivi fingulis annis, vel temporibus praeftandi, vel patiendi cum damno, & diminutione proprii patrimonii.* Ma perchè prima di chiuder quefto I. Capo, non dico io quel, che più nuoce al Principe della Pietra? Sia vero, che gli permetta la Legge di far dichiarare lefivi i due contratti degli anni 1733. e 1737. attendendofi lo ftato degli anni feguenti. Qual pruova è negli atti, che per rifpetto degli anni feguenti fon que' contratti lefivi? Produce egli per pruova la *perizia* del tavolario Attanafio, ch'è quella, che più gli giova. Ed io gliela vo' menar buona. Alla mafferia grande, a cui da' contraenti fi diè la rendita nell'

anno

(a) *De decim. difc. 3. num. 15.*

anno 1733. di annui 381. 44., l' Attanasio, dopo di averne per errore accresciuta la misura, diè di rendita per l'anno 1753., nel quale ne fece l'apprezzo, di annui 1105. 27. Ecco la lesione, dice il Principe della Pietra. Ma lasci, ch'io dica tutto. Alla masseria picciola, cui nel tempo del contratto si diè da' contraenti la rendita di annui 450. 45., diè l' Attanasio per lo suddetto anno 1753. la rendita di annui 858. 93. Per rispetto di cotesta seconda masseria non ci è lesione, anche a giudizio dell' Attanasio. Ma ci sia, come nella prima. Anche ciò posto, da quelle ideali rendite son da dedurre le spese, e le migliorazioni. Buon pe' miei clienti, che ne' primi strumenti si noverarono le piante, e le noverò pure l' Attanasio di consenso delle parti per rispetto così degli anni de' contratti, come dell' anno 1753. Nella masseria grande, la cui censuazione per rispetto de' frutti del suddetto anno 1753. pare a prima giunta lesiva, si contarono 11992. piante più di quelle, che v' erano nel tempo del contratto: e nella masseria picciola altre 6580. di più. Deduca ora il Principe della Pietra dalla rendita data dall' Attanasio a quelle due masserie il frutto di 18572. nuove piante, e parli poi, se gliel sostiene l'animo, di lesione. Chiuda ora 14 questo Capo il Card. de Luca, che, premessa l' opinione, ch'e' maestrevolmente impugna, della lesion risultante dall'accrescimento de' frutti nel tempo successivo, dice (a): *Magna & excedens laesio, quae iniquitatem redoleat, non justificatur ex circumstantia mixturae melioramentorum.*

CA-

(a) *De alienat. disc.* 14. *num.* 12.

CAPO II.

Del giudizio della nullità.

VEnendo ora al giudizio della nullità riguardante il suddetto contratto dell' anno 1737., e 'l contratto dell' anno 1743. premetto due fatti. L' uno è, che la Principessa Mastrilli donò nell' anno 1736. al Principe suo nipote amendue le masserie: l' altro è, che 'l Principe era minore non solo nell' anno 1737., in cui D. Marcello suo zio diè in enfiteusi la masseria picciola, ma ancora nell' anno 1743., nel qual anno la Principessa Capece sua curatrice diè in enfiteusi i 10. moggi, che nell' anno 1737. D. Marcello si riserbò. Or ecco chiara, a giudizio del dotto Contraddittore, la nullità di coteste due censuazioni. E' nulla la censuazione dell' anno 1737., come fatta da D. Marcello in tempo, che la masseria non era più nel dominio della Principessa Mastrilli, a di cui nome D. Marcello la censuò, ma era già passata per titolo di donazione nel dominio del Principe suo nipote: e come fatta senza quelle solennità, che richieggon le Leggi nell' alienazione de' beni stabili de' minori: e per cotesto istesso difetto di solennità parimente nulla è la censuazione dell' anno 1743.

La risposta, che renderò, nasce da due altri fatti, che ora soggiungo. E' negli atti documento onde costa, che nell' anno 1745. il Principe della Pietra era già da un anno, e mesi maggiore. Costa ancora da un *Processo*, il qual si esibisce, ch' e' nel dì 10. del mese di Giugno di quell' anno, ricorse alla G. Corte della Vicaria contra tutti i suoi censuarj, perchè gli pagassero i canoni: che presentò presso gli atti non solo la dona-

zion fattagli dalla Principessa Mastrilli l' anno 1736., ma ancora gl' istrumenti delle censuazioni degli anni 1733. e 1737: e come senza riserva di ragioni chiese i canoni, così senza riserva gli esigè. In una sola istanza del dì 15. del mese di Gennajo dell' anno 1746. quando avea già con atti geminati avute quelle censuazioni per buone, si riserbò la prima volta le ragioni, che gli poteano spettare *per la nullità, ed invalidità* di

15 esse. Posti cotesti fatti, osta al Principe della Pietra un rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*a*): *Qui post vicesimum quintum* (giusta le Leggi del nostro Regno (*b*) *decimum octavum*) *annum aetatis ea, quae in minore aetate gesta sunt, rata habuerint, frustra rescissionem eorum postulant*. Che poi si ratifichi l' atto colle parole, o co' fatti, nulla importa (*c*): nè tra' fatti, inducenti la ratiabizione, ci è fatto, che tanto chiaramente l' induca, quanto l' esazione, quandochè sia questa effetto del contratto antecedente. Scrive Ulpiano, che 'l maggior di venti anni, se si lascia vendere, e partecipa del prezzo, perde la libertà; ma 'l minor non la perde: che se poi, essendo minore, si lascia vendere, e, fatto maggiore, partecipa del prezzo, parimente la perde (*d*); perchè l' esiger, che fa nella età maggiore il danaro, com' effetto della vendita fatta nella età minore, è una chiarissima ratiabizion del contratto: e si vuol riflettere,

16 che nel caso di Ulpiano si tratta non di un vile interesse, ma della perdita della libertà, che, secondo le Leggi Romane, è *cosa inestimabile* (*e*). Di cotesto luogo di

(a) *In L. 2. C. si major factus ratum habuerit.*
(b) *Const.* minorum jura.
(c) *L. 5. ff. rat. rem hab.*
(d) *L. liberis 7. pr. & §. 1. de liberali causa.*
(e) *L. 116. de reg. jur.*

di Ulpiano usò 'l Montano, trattando dell' alienazione 17 de' beni de' minori, ch' è 'l nostro caso: *Inducitur ratificatio*, son sue parole (a), *si pretium alienatae rei petieris effectus major sciens caussam petitionis*, *L. liberis* §.1. *de liberal. caus.* Le parole, *sciens caussam petitionis*, sono importantissime, perchè se manca la scienza della causa, per cui si esige, non s' induce ratiabizione. Ma nel caso nostro la scienza della causa ci fu. Sapeva il Principe, che la masseria data in enfiteusi l'anno 1737. era sua sin dall' anno antecedente, perchè presentò la donazione, che gliene avea fatta in quell'anno la Principessa Mastrilli: e sapea pure, che data si era in enfiteusi da suo zio, che padrone non era, perchè presentò pure l' istrumento dell' enfiteusi.

CAPO III.

Del giudizio della devoluzione.

Finalmente pretendesi dal Principe della Pietra, essersi già devoluti i fondi dati in enfiteusi per le alienazioni, che, senza sua saputa, i censuarj ne han fatte.

Ma non men, che le altre due, mal fondata in Legge è cotesta ultima pretensione. A mostrar ciò, si 18 vuol quì notare, che non basta qualunque alienazione, perchè 'l fondo enfiteutico si devolva al padron diretto; ma richiedesi un'alienazione fatta per vera malizia, che non ammetta alcuna scusa: ed eccone la ragione. La *caducità* di cotesto genere è una mera pena: e due cose sono proprie della pena, l' una, che senza una positiva malizia non s' incorra: l'altra, che facilmente si eviti:

F 2 onde

(a) *De tut. cap.* 33. *num.* 540.

onde molto rara è la pratica di coteste devoluzioni: *Hujusmodi devolutionum rara est praxis*, dice il Card. de Luca (*a*), *ob facilem excusationem ab ea positiva malitia, vel dolo, qui ad hunc poenalem desideratur effectum.*

19 Or poichè non ci è positiva malizia, dove non ci sia certa e positiva scienza del divieto dell' atto, nel giudizio della devoluzione, dee l'attore provare, che l' enfiteuta avea certa e positiva scienza dell' espresso divieto dell' alienazione senza il consenso del padron diretto: *Ad effectum poenae*, son parole dello stesso de Luca (*b*), *opus esset ex parte agentis doceri in alienante de scientia hujusmodi prohibitionis*. Nè dal pagamento, che fa l' enfiteuta de' canoni, si può trarre contra lui argomento che vaglia. Il pagamento de' canoni prova bene la scienza, che ha l' enfiteuta del dominio diret-

20 to di colui, al quale gli paga, ma non prova la scienza di quel divieto, la quale esser dee *specifica, e certa*: che la *presunta* non basta: *Neque scientia*, soggiunge il medesimo Autore (c), *per actorem deducta ex solutione canonum attendenda erat, quia ex hujusmodi actu, vel etiam ex aliis resultantibus a petitionibus consensus, seu recognitionibus in dominum induci quidem potuit in possessore scientia directi dominii Ecclesiae, quodque domus esset emphyteutica, non inde tamen inferri posse, dicebam ad scientiam antiquae investiturae, & dictae prohibitionis in ea contentae, cujus certa, specifica, & individua scientia requiritur, quum in poenalibus, & ad effectum gravis praejudicii, scientia praesumta non sufficiat.* Posto ciò si osservi, che quasi tutti i censuarj chiamati in giudizio sono non i primi enfiteuti, ma gli eredi de' primi: e ne-

(a) *In summ. de emphyt. num.* 39.
(b) *De emphyt. disc.* 45. *num.* 6.
(c) *In cit. disc. dict. num.* 6.

e negli eredi facilmente presumesi l' ignoranza.

Oltre a ciò si osservi, che i fondi si sono trasferiti in persone pari di condizione a' primi enfiteuti : onde in sustanza non si è recato pregiudizio al padron diretto, cui, salvo il laudemio, e 'l canone, nulla deve importare, che siano più tosto presso Tizio, che presso Cajo. Così 'l de Luca (a): *Potissime, ubi ex alienationis actu jus domini effectum non est deterius, quia, nempe bona translata non sint vel in potentiorem, vel in omnino impotentem, sed in personam aequalis conditionis, ita ut nil intersit, rem penes unum, vel alterum esse, dum dominium non controvertitur, neque debiti laudemii solutio denegatur.* Questa riflessione potrebbe sola bastare a difender tutti i miei clienti : ma ce n' è un' altra, che gli mette in sicuro. 21

A tutte le alienazioni, per cui si pretendono devoluti i fondi, è apposta la clausola *salvo assensu impetrando, ita quod si dissenserit &c.*, la qual clausola, come quella, ch' esclude nell' enfiteuta l' animo di contravvenire, e seguentemente il dolo, non dà luogo alla devoluzione. Chiuda questa Scrittura il più volte citato de Luca (b): *Alienatio continebat expressam reservationem beneplaciti domini directi sub clausula, ET NON ALIAS, per quam, cessante voluntate alias non contrahendi, actus habetur pro infecto; ideoque caducitatem non causat, juxta opinionem, quam magis communem, veram, & receptam Rota saepe professa est.* 22

Di Casa nel dì 23 del mese di Settembre dell' anno 1763.

Per

(a) *De emphyt. disc.* 33. *num.* 5.
(b) *In cit. disc. num.* 4.

Per la Signora Principessa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta.

ARGOMENTO.

I. Qual pruova abbiasi a fare per dimostrarsi, che 'l contratto in apparenza sia un' enfiteusi, ed in sustanza una locazione.

II. Quando sia contratto di enfiteusi, ovvero più tosto di locazione: E degli argomenti, e de' segni, onde l'enfiteusi distinguesi dalla locazione.

SOMMARIO.

1 *NE' fedecommessi col divieto d'alienare, può il possessor de' beni, durante sua vita, liberamente disporre de' frutti.*

2 *Della differenza, ch' è posta tra l' interesse* primario, *e l' interesse* secondario, e di mera conseguenza, *e de' loro diversi effetti:* Ved. i num. seg.

3 *Il tutore, dove ci sia suo interesse* primario, *non può prestare l' autorità sua al pupillo: dove poi abbiaci interesse* secondario, *ben può prestarla.*

4 *La Legge ha per danno quel solo, che ci vien da colui, che fa quello, che non ha diritto di fare.*

5 *Il danno, che vienci da colui, che usa di sua ragione, è danno* secondario, *il quale non si attende.*

6 *Le voci* locazione, *e* locare, *convengono così all' enfiteusi, che alla vera, e propria locazione:* Ved. i num. 10. e 11.

7 *La simulazione, quando di enfiteusi si tratta, non può*

pro-

provarsi altrimenti, che per qualche scrittura : Ved. il num. seg.

8 *Il contratto enfiteutico non può farsi altrimenti, che in iscritto.*

9 *L' enfiteusi, di sua natura, concedesi a perpetuo ; ma ammettesi eziandio a tempo :* Ved. i num. seg.

12 *L' enfiteusi consiste nel dominio utile, o sia* jus in re, *per cui cessan gli effetti del dominio diretto.*

13 *Può darsi in enfiteusi un fondo fruttifero per canone corrispondente a' frutti.*

14 *Tutti i danni, e casi fortuiti ceder debbono a carico dell' enfiteuta, dal quale deesi sempre per intero il canone, tranne il solo caso, dove il fondo enfiteutico sia perito del tutto :* Ved. il num. 16. e 21. *Nel* num. 22. *allegasi una decisione contraria a questa massima.*

15 L' *enfiteusi si regola giusta i patti, onde fu fatta la concessione.*

17 *Dall' essersi rinunziato al difalco, o sia remission dell' annua risposta per cagion di sterilità, o di altro accidente, traesi argomento, che 'l contratto più tosto sia di enfiteusi, che di locazione :* Ved. il num. 19.

18 *Talvolta le cose, che si anno com' espresse per Legge, esprimonsi per una maggior chiarezza dall' uomo, senza alterarsi la disposizion della Legge.*

20 *Se all' enfiteuta, che per peste, o per guerra non possa entrar nel fondo, ed usarne, gli si debba rimettere il canone.*

23 *Delle clausole poste nella parte esecutiva degl' istrumenti, non è da tener conto veruno.*

ALLEGAZIONE IV.

LA Signora Principessa di Striano D. Paolina Gaetani de' Duchi di Sermoneta, è ricorsa nel S. Consiglio,

glio, e presso gli atti della eredità dell'ultimo Duca di Girifalco D. Gennaro Caracciolo, chiedendo per una maggior cautela, che 'l S. Consiglio confermi coll' autorità sua una convenzione del dì 5. del discorrente mese di Febbrajo, in virtù di cui dal Sign. Marchese di Arena D.Tristano Caracciolo le si è data in enfiteusi, durante sua vita, per l'annuo canone di duc. 640. l' intera Casa palaziata posta in vicinanza del Sedil Capuano, la quale alla suddetta eredità si appartiene.

Avuta di ciò notizia il Signor Presidente della R. Camera D. Pietro Lignola, che tiene a fitto un appartamento della detta Casa, è ricorso al Signor Consigliere Commessario D. Orazio Guidotti, ed ha chiesto, ed ottenuto decreto di *audiatur in omnibus*: indi è ricorso allo Spettabile Signor Presidente del S. Consiglio, pretendendo, doversi cotesta causa spedire in due Ruote, perchè come non si dubita, che 'l dare in enfiteusi sia alienare, così non è da dubitare, che la detta Casa soggiaccia al majorasco istituito nell' anno 1717. dal Duca di Girifalco D. Niccolò, che di qualunque alienazione fece espresso divieto; ma perchè quantunque nell' istrumento dicasi fatta l'enfiteusi a vita della Signora Principessa, nondimeno soggiungesi, che, premorendo il Signor Marchese, *sia in libertà del chiamato o di farla continuare nella d. censuazione, o pure di rivocarla*; conseguentemente s' intende fatta a vita del concedente, che, non ostante il divieto di alienare, può, durante sua vita, disporre liberamente de' frutti (a); trovasi dal Signor Presidente ordinato, che nella sola Ruota del Commessario si spedisca la causa.

Or qual è in questa causa l' interesse del Signor Presidente Lignola? Dice, che 'l Sign. Marchese di Arena,

(a) *V. Perez. in tit. Cod. de reb. alien. non alien. n.* 5.

na, dando in enfiteusi la Casa, fa, che la Sign. Principessa l'espella dall' appartamento, ch'e' tiene a fitto; e che in fatti gli aveva il detto Signor Marchese giudiziariamente fatto sapere, che intendea di darla in enfiteusi, e che perciò ne dovesse uscire.

Ma è cotesto un interesse secondario, e di mera conseguenza: e perchè tale, la Legge nol cura. Più sono i luoghi de' Libri della Legge, donde una tal massima è tratta. Nè recherò un solo del giurisconsulto Ulpiano (a). Il tutore, in un negozio di sua propria utilità, non può prestare l'autorità sua al pupillo: e pure, se'l pupillo è scritto erede da un debitore del tutore, può costui prestargli l' autorità sua, perchè adisca l'eredità, non ostante che per l'adizione diventi suo debitore il pupillo: *Quamquam regula sit juris civilis*, dice Ulpiano, *in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accomodare, quamvis per hoc debitor ejus efficiatur*. Recandone poi la ragione, distingue l'interesse primario e diretto, ch'è quel che si attende, dall'interesse secondario e di conseguenza, ch'è quello, che non si cura: *Prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat: per consequentias contingit, ut debitum subeat.* Nel caso nostro, ben può dire con Ulpiano il Sign. Marchese di Arena, che *prima ratio est* la sicurezza, che ha voluto acquistare per tutta sua vita dell' annua rendita di duc. 640.; e che *per consequentias contingit*, che 'l Sign. Presidente debba lasciare l' appartamento: nè perchè ciò gli spiace, o gli nuoce, potrà mai chiamarsi danno, conciosiachè la Legge abbia per danno quel solo, che da colui ci viene, che fa quello, che non ha diritto di fare: *Nemo damnum facit*, dice il giurisconsul-

2 3 4

(a) *L. 1. pr. ff. de auct. tut.*

to Paolo (*a*), *nisi qui id facit, quod facere jus non habet:* nè per altra ragione il danno, che, a giudizio della gente volgare, vero danno sarebbe, tal non è a giudizio de' giurisconsulti; se non perchè il danno, che ci vien da colui, il quale usa di sua ragione, è danno secondario e di mera conseguenza, il qual non si attende. Così nel suo Codice il Fabro (*b*): *Ex eo, quod quis suo jure faceret, teneri non potest, licet PER CONSEQUENTIAM alteri noceatur.*

Ma la convenzione tra la Sign. Principessa, e'l Signor Marchese (soggiunge il Sign. Presidente) si è fatta unicamente ad emulazione, cioè per farmi uscire dell' appartamento in frode del Bando: e comecchè in apparenza sia una enfiteusi, nondimeno è in sustanza una locazione: e quando non ci sia, com' è da sospettare, una qualche segreta scrittura, non dubbia fede ne fanno alcuni patti, che più alla locazione convengono, che alla enfiteusi.

L' emulazione (rispondo io) vien da' Dottori del tutto esclusa, quando si provi l' utilità dell' atto, che pretendesi fatto ad emulazione. Or evidentissima è l' utilità, che 'l Sign. Marchese di Arena trae dall' aver data la sua Casa in enfiteusi alla Signora Principessa. Il fitto, che per tutta cotesta Casa si paga, sono annui duc. 710. E chi è, che dovendo scegliere tra annui duc. 640. certi, e ben pagati, e 710. incerti, non si recherebbe a gran vantaggio scegliere i primi? Secondo quel, che più frequentemente accade (ch' è la regola, ond' è ne' casi dubbj da giudicare) molti anni dovrebbon vivere la Signora Principessa, e 'l Signor Marchese. Nello spazio di cotesti anni, ben può temere il Sign. Marchese, che uno, o più

(a) *L. nemo 151. de reg. jur.*
(b) *Lib. 3. tit. 24. def. 5. not. 2.*

o più appartamenti non restino vuoti, o che non ne sia minore il fitto: e maggiormente ne può temere, perchè la Casa è in un luogo della Città nobilissimo un tempo, ma poco desiderato a' dì nostri. Posta l'enfiteusi, nè di questo, nè di quello può temere il Signor Marchese. Quandochè poi niuno degli appartamenti restasse vuoto, le annue *accomodazioni* ne scemerebbero il fitto. Nel solo appartamento, che abita la Signora Principessa, sonosi per le *accomodazioni* spesi in un anno più di 100. duc. da lei pagati a conto del fitto con partite di Banco, e colla intelligenza dello Scrivano Santorsola: e nell' istrumento dell' enfiteusi sta convenuto, che debba la Signora Principessa *bene e diligentemente tenere, ed accomodare la suddetta Casa, e tutti i suoi membri di tutte le accomodazioni, che saranno necessarie, senza che possa pretendere di ritenersene la spesa dal suddetto annuo canone:* e non molto lontane sono alcune *accomodazioni* di più centinaja. Il savio, ed onesto tavolario del S. Consiglio D. Gennaro Papa, col cui parere la convenzione si è fatta, dice nella sua *relazione*, che *le coverture solari* dell' ultimo appartamento *sono di mediocre qualità, sebbene in parte rappatumate con pece, ma quelle però verso la strada de' Tribunali sono incurvate, ed infossate*. Oltracciò sta convenuto, che, se *per tremuoto, od altro accidente*, la Casa patisse alcun danno, *per cui bisognasse rifazione*, debba questa *restare a carico* non tutta del Sign. Marchese, come, posta la locazione, tutta a di lui *carico restar dovrebbe*, ma *resti a carico della Signora Principessa fino alla somma di duc.* 100. Nè sono quì da ometter due cose. L'una è, che 'l Signor Marchese degli annui 710, che sono oggi il fitto di tutta la Casa, dee pagarne alla Signora Principessa di Valle D. Margherita Caracciolo annui 600, e rotti, interesse de' duc. 15029, che rappresenta liberi con decreto di *praeferatur* sulla detta Casa:

onde se vuoto ne restasse alcuno degli appartamenti, od a minor fitto si desse; e se qualche considerabil somma si avesse a spendere per *accomodazioni*, o *rifezioni*, posta la locazione, a doppio danno soggiacerebbe, perchè non tanto esigerebbe, quanto avrebbe a pagare, e con altre sue rendite supplir dovrebbe quel, che mancasse degli annui 600, e rotti. L'altra è, che *volendo la Sig. Principessa fare in d. Casa abbellimenti, e spese voluttuose*, sta ancora convenuto, che debban *restare a beneficio del Sign. Marchese, e de' suoi successori*. La sperienza ci fa vedere, che gli *abbellimenti*, e le *spese voluttuose*, secondo il gusto de' tempi nostri, molto più agevoli rendono gli affitti delle case: onde, per rispetto di ciò, tornano ancora in utilità del Sign. Marchese, e de' suoi successori. Finalmente sta convenuto, *che a carico della Signora Principessa debban restare le liti, che forse potessero nascere in avvenire per causa di servitù così attive, come passive*. Posto tutto ciò, come può cadere in mente sana alcun sospetto di emulazione?

Che poi vera enfiteusi sia cotesta convenzione, non si può dubitare. Dicesi nell' istrumento, ch' *era stato il Signor Marchese richiesto dalla Sign. Principessa a volerle CENSUARE l'intera Casa;* e che 'l Sign. Marchese, *avendo trovata molto plausibile, e vantaggiosa una tal CENSUAZIONE, era venuto ad accettare volentieri il progetto:* che le avea *locato, conceduto, e per titolo di locazione e concessione per fustem, & in ENFITEUSI la suddetta intera Casa . . . . . ad annuo CANONE, e reddito, seu CENSO ENFITEUTICO di duc.* 640.: le quali espressioni proprie sono della enfiteusi. Nè ci debbon turbare le voci *locato*, e *locazione*, come quelle, che convengono, secondo il parlar legale, non meno alla enfiteusi, che alla vera e propria locazione; onde scris-

se il Vinnio (a) : *Emphyteusis nihil aliud est , quam in perpetuum , vel bene longum tempus. facta locatio :* e per tre luoghi di Paolo, e di Ulpiano il confermerò più giù. Soggiungesi ancora nell' istrumento, che concedeva il Signor Marchese alla Signora Principessa la Casa *con tutti li patti enfiteutici tam de jure , quam de consuetudine soliti e consueti apponersi ;* e nominatamente co' patti, che debba a sue spese farvi tutte le *accomodazioni :* che debba prendere sopra di se le liti di servitù *così attive , come passive :* che volendone alienare il *dominio utile*, debba *restar salvo in beneficio di esso Signor Marchese il diritto de' laudemj ;* e che contravvenendo ella a cotesti patti , *resti priva dell' UTILE DOMINIO di d. Casa, e delle migliorazioni in essa fatte :* i quali patti convengono tutti alla sola enfiteusi.

E si oppone invano alla Signora Principessa , ed al Signor Marchese la simulazione . Questa , comecchè possa in altri casi provarsi per congetture , quando di enfiteusi si tratta, non può provarsi altrimenti, che per qualche scrittura: e la ragione è questa, perchè non altrimenti, che in iscritto può farsi il contratto enfiteutico, come per quelle parole dell' Imperador Zenone (b) *scriptura interveniente*, insegnano comunemente i Dottori. Cotesta, e non altra pruova ammise il S. Consiglio ne' tempi di Matteo degli Afflitti , che 'l lasciò scritto (c) : *Contractus emphyteuticus, secundum magis communem opinionem, est contractus, qui de sua essentia requirit scripturam : quo casu debet probari simulatio in scriptis .* E dov' è la scrittura, onde l' opposta simulazione si prova? Che se si vuol provare per lo stesso istrumento della enfi-

7

8

(a) *Ad* §. 3. *Inst. de locat. num.* 7.
(b) *L.* 1. *C. de jure emphyt.*
(c) *Decis.* 72. *num.* 8.

enfiteusi, qual cosa è in esso, che più alla locazione, che alla enfiteusi convenga.

Si dice, che l' enfiteusi di sua natura concedesi a perpetuo, e nel detto istrumento è conceduta a vita.

9 Rispondo col Vinnio (a): *Jus emphyteuticum, natura sua, perpetuarium est: ex conventione tamen temporarium esse potest, modo ne ad modicum tempus constituatur.* E della enfiteusi conceduta per 10, 20, o 30 anni, od *a vita del concedente*, qual è la nostra, parla Giovanni Arpretto (b): *Quamvis hic contractus, sui natura, sit perpetuus, tamen etiam ad tempus, puta ad* 10, 20, 30 *annos, vel ad vitam concedentis pactis partium emphyteusin concedi posse, notum est.* Lo stesso, per comun sentimento de' Dottori, scrivono il Sabelli (c), e 'l nostro Alti-

10 mari (d). Nè solamente i Dottori, ma le Leggi ancora ammettono l'enfiteusi a tempo. Sotto il titolo delle Pandette, *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, il giurisconsulto Paolo scrive (e): *Agri vectigales* (cioè *emphyteuticarii*) *vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat* (f).... *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem: sed &* ad-

(a) *Ad* §. 3. *Inst. de locat.*

(b) *Ad cit.* §. 3. *Inst. num.* 95.

(c) *V. emphyteusis, num.* 74.

(d) *De nullit. contract. rubr.* 1. *p.* 2. *q.* 18. *n.* 10, & 11.

(e) *L.* 1. *pr.* & §. 1.

(f) In cotesto luogo di Paolo ho io per fermo, che dove leggesi *tamdiu*, scrisse Paolo *quamdiu*: e dove

adversus ipsos municipes: e più giù (a) : *Idem est & si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit.* Quel, che importa, si è, che'l tempo non sia troppo breve. Così Ulpiano (b) : *Quod ait Praetor, si actio de superficie postulabitur, caussa cognita, dabo: sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane, caussa cognita, ei, qui NON AD MODICUM TEMPUS conduxit superficiem, in rem actio competet:* e questi sono i tre luoghi, ne' quali i verbi *locare*, e *conducere* si riferiscono alla enfiteusi, nè possono riferirsi alla locazione, da cui non può nascere l'utile azione *in rem*, che quivi dassi al conduttore. Ma qual è quel tempo, che *non modicum* vien detto dal giurisconsulto Ulpiano? Ecco quel, che ne scrisse il Cujacio (c) : *Caussa cognita danda est actio haec, nec enim dabitur ex locatione nuda & simplici, sed ex caussa tantum, quae jus conductori tribuit & constituit: & si quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuisse locatio, & conductio nuda & simplex, sive vulgaris, solebant enim locationes fieri in quinquennium:* *at*

11

ve leggesi *quamdiu*, scrisse *tamdiu*. Così richiede il senso, e così nel testo a penna trovò scritto Triboniano, che nel §. 3. del tit. delle Istituzioni *de locat.* avendo sotto gli occhi quel testo, lasciò scritto: *De praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut QUAMDIU pensio, sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor, heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat.*

(a) *L. 3. ff. si ager vectig.*

(b) *L. 1. §. 3. de superfic.*

(c) *Ad tit. ff. si ager vectig. tom. 7. p. 377. edit. Neap.*

at locationes, *quibus conceditur conductori*, *&* *constituitur jus emphyteuticum* , *vel jus superficiarium* . . . *fiunt in longius tempus* , *quam quinque annorum* . Il tempo, che sia oltre i 5. anni , si ha dal Cujacio per tempo non breve. Comunemente si crede esser lo spazio di 10 anni. Comunque stia la cosa, egli è certo, che la diversa circostanza del tempo , nel solo dubbio , vale ad indurre la presunzione di questa , o di quella disposizione degli animi de' contraenti , cioè dell' aver voluta o la loca-
12 zione, o l' enfiteusi . Quandochè poi concedasi il fondo con patto espresso, che pagandosi la pensione od a perpetuo, od a tempo non breve, il concessionario acquisti il dominio utile, o sia il jus *in re*, del quale, a differenza del semplice conduttore , si valga anche contra 'l padron diretto , se voglia costui per proprio uso il fondo, o voglia venderlo , od altrimenti trasferirlo ad altrui; allora della enfiteusi non si può più dubitare; conciosiachè non in altro , che nel dominio utile , per cui cessan gli effetti del dominio diretto, faccia il giurisconsulto Paolo consistere l'enfiteusi per le soprascritte parole, *Hac lege*, ec. Così , meglio che altri, i soprarrecati luoghi di Paolo intese il Fabro: *Quibus locis*, e' scrive (a), *non simpliciter de conductione agitur* , *quae facta sit ad longum tempus*, *sed de fundo vectigali & emphyteuticario*, *vel superficiario*, *qui locatus sit vel in perpetuum*, *vel saltem ad non modicum tempus* , *non solum constituta certa pensione annua*, *sed illa etiam lege adjecta*, *ut quamdiu vectigal*, *aut pensio solvetur*, *non possit dominus rem auferre conductori*, *ut scriptum est in L.* 1. *ff. si ager vectigalis; haec enim pactio illa est*, *quae jus in re*, *&* *in rem praebet conductori propter jus retentionis*, *quod ei tribuit*, *ut* , *invito etiam domino* , *possit rem sibi retinere :* *quod*

(a) *De err. Pragm. dec.* 100. *err.* 5.

quod in ceteris vulgaribus, & ordinariis conductionibus diversus est.

Oltracciò si dice, che 'l canone di duc. 640, col peso delle annue *accomodazioni*, pareggia il frutto, che dalla Casa data a fitto si percepisce, quandochè 'l canone esser dee molto minore, come quello, che pagasi in ricognizione del dominio diretto, non già per compensazione de' frutti.

13 Rispondo col Surdo (a): *Emphyteusis vere & proprie fit, quando pro justa pensione res jam fertilis, & pretiosa conceditur .... & si soleat constitui pro modica pensione, non tamen subvertitur ejus natura, si concedatur pro magna*. In fatti tuttodì si danno in enfiteusi i fondi fruttiferi per canoni corrispondenti a' frutti, nè possono altrimenti darsi in enfiteusi i fondi delle Chiese. E nol nego, secondo la natura di questo contratto, che 'l canone non corrisponda a' frutti; ma ciò non è della sustanza di esso. Sono della sustanza della enfiteusi la costituzione di un certo canone, la traslazione del dominio utile, e 'l laudemio, che certamente si paga in segno del dominio diretto (b): le quali cose concorron tutte nel nostro caso.

Dicesi ancora, non convenire alla enfiteusi il patto, che pe' danni, cui per tremuoto, per fulmine, o per altro simigliante caso possa soggiacere la Casa, debba la Signora Principessa esser tenuta non oltre i ducati 100;

14 conciosiachè per Legge tutti i danni sieno del solo enfiteuta, eccettone il solo caso, che del fondo *nihil reliquum remansit*, come parla l' Imp. Zenone (c).

(a) *Decis*. 198. *num*. 20.

(b) *Altim. de nullit. contract. rubr*. 1. *p*. 2. *num*. 30, 31, & 494.

(c) *L*. 1. *C. de jur. emphyt*.

15 Rispondo collo stesso Zenone, appresso cui precedono le parole, *Cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel ETIAM FORTUITIS CASIBUS, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma, illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri*. Lo stesso ordinò poi l'Imp. Giustiniano de' patti risguardanti il tempo, e 'l modo del pagamento del canone (*a*): ed in virtù delle Costituzioni di Zenone, e di Giustiniano scrisse il Surdo (*b*): *Emphyteusis recipit OMNIA PACTA, ETIAM EXTRANEA:* e bellissima, per rispetto di ciò, è l'espressione de' Dottori appresso il Sabelli (*c*): *Emphyteusis nullam quasi propriam naturam habet, nisi ut partes conveniunt.... & est veluti quaedam materia informis, recipiens formam ex placito contrahentium*. E posta la durata della enfiteusi per la sola vita del concedente, non era giusto, che a carico della Signora Principessa andassero interamente i danni.

Finalmente si dice, che nel d. istrumento si fa dalla Signora Principessa una espressa rinunzia di qualunque *escomputo, anco per causa di peste, o di guerra, o di altro qualsisia impedimento, e caso fortuito divino, o umano, raro, insolito, ed inopinato*: la qual rinunzia

16 alla sola locazione può convenire; giacchè, quando il fondo enfiteutico non sia perito del tutto, sempre il canone interamente è dovuto (*d*).

17 Rispondo, esser cotesta rinunzia più tosto argomento di enfiteusi, che di locazione. In fatti, tra gli argomenti della enfiteusi, la pose il Mantica (*e*): *Potest summi*

(a) *L. 2. C. eod.*

(b) *Decis. 198. num. 20.*

(c) *V.* emphyteusis, *num.* 86.

(d) *L. 1. C. de jure emphyt.*

(e) *De tacit. & ambig. convent. lib. 22. tit. 8. num. 14. & 15.*

mi argumentum, quod emphyteusis intelligatur, si convenerit, ut conductor, qui pensionem solvere debet, propter sterilitatem, vel aliam fructuum calamitatem remissionem pensionis petere non possit; nam hoc est proprium emphyteutae, qui tenetur solvere canonem, nisi res tota sit peremta. Fecesi poi l'obbjezione, ch'essendo una tal rinunzia del tutto superflua nel contratto della enfiteusi, poteva anzi parere, che si provasse per essa, esser locazione; ed alla obbjezione rispose, che talvolta le cose, 18 che si anno come espresse per Legge, si esprimono per una maggior chiarezza dall'uomo, senza che si alteri la disposizion della Legge: *Sed potest dici, id verbis esse expressum, quod tacite intelligitur; nam quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt, L. mutuam ff. mand.* All'autorità del Mantica, 19 si aggiunga l'autorità del nostro Altimari, che tra le congetture della enfiteusi pose senza esitazione anche questa (*a*), *si dictum sit, quod non possit petere excomputum*.

Ma non è egli superflua cotesta rinunzia: ed ecco ancora una seconda risposta. Di *guerra*, e di *peste* nominatamente si parla nell'istrumento: e ne' casi appunto, 20 che per peste, o per guerra non possa l'enfiteuta entrar nel fondo, ed usarne, si agita nelle scuole, e nel foro la controversia detta da Giovanni Arpretto (*b*) *difficilis ac perplexa*, se per quel tempo, che non può usarne, gli si debba rimettere il canone. E l'Arpretto, dopo molti, e molti altri, dice di sì (*c*), per la ragione, che, durante quel tempo, si ha 'l fondo enfiteutico come del tutto perito: nel qual caso si è detto, che per Legge

(a) *De nullit. contract. rubr. 1. p. 2. qu. 18. num.* 323.
(b) *Ad* §. 3. *Inst. de locat. num.* 375.
(c) *Num.* 376.

21 il canone non si dee (*a*) : e non crede, che osti quel, che nella *prefazione* della *Nov. VII.* è scritto, dover cedere a danno dell' enfiteuta i casi fortuiti, conciosiachè ciò sia da intendere di que' casi, che non del tutto gli tolgono l'uso del fondo. Dunque, perchè ne' casi di peste, di guerra, o in altri simiglianti (che sieno lontanissimi) non potesse la Signora Principessa di cotesta sentenza valersi contra 'l Signor Marchese, necessaria, non che utile, fu la suddetta rinunzia.

22 Nè fu meno necessaria, od utile sì fatta rinunzia (ed ecco una terza risposta) per lo timore, che poteva, e doveva avere il Signor Marchese della equità de' Tribunali, che ne' termini di vera enfiteusi anno talvolta a minor somma ridotti i canoni, tuttochè non del tutto si fosse perduto l' uso del fondo. Nella causa tra gli Economi della Chiesa di S. Giorgio, e 'l Giudice della G. Corte D. Francesco Vollaro, il canone di annui duc. 25, perchè 'l fondo enfiteutico era stato dal fuoco del Vesuvio occupato per metà, fu dal S. Consiglio ridotto a duc. 12 : della qual decisione fa, dopo il Toro, menzione il Petra (*b*), soggiungendo per l'autorità di molti, e gravi Dottori, *ex justis caussis*, *saltem ex aequitate*, *reductionem census emphyteutici & reservativi excessivi admitti*.

23 Ultimamente è da notare (e questa sia la quarta risposta) che leggesi la d. rinunzia nella parte esecutiva dell' istrumento, in cui non solo all' *escomputo*, ma si rinunzia ancora a *qualunque eccezione*, *anco liquida prevenzione* ec. Or non ci è chi non sappia, quanto poco conto sia da tenere delle clausole poste nella parte esecutiva dell' istrumento, come di quelle, che sono opera del

(a) *L.* 1. *C. de jure emphyt.*
(b) *Ad rit.* 166 *num.* 208 *vers.* adduximus insuper.

del Notajo, non de' contraenti (*a*).

Ponga fine a questa breve *Scrittura* un argomento, a mio giudizio, invincibile della buona fede, con cui la censuazione si è fatta, ed esclusivo di qualunque sospetto di simulazione: e questo non altronde si trae, che da que' medesimi patti, donde si vuol trarre argomento di simulata enfiteusi. Se si fosse voluto fare apparire una enfiteusi, sotto cui si ascondesse una locazione, sarebbesi ridotto l'istrumento a poche parole, cioè al solo dirsi, che concedeasi la Casa in enfiteusi a vita del concedente con tutti i patti enfiteutici *de jure*, *& de consuetudine:* e 'l di più sarebbesi espresso in una privata carta. Era questa una cosa, che sarebbe venuta in mente a chicchessia, e sarebbesi da chicchessia eseguita in modo, che non ne avrebbe il Signor Presidente potuto aver mai notizia alcuna.

Di Casa nel dì 28 del mese di Febbrajo dell' anno 1772.

DEL-

(a) *Card. de Luca de renunciat. disc.* 3. *num.* 14. *Altimari in cit. quaest. num.* 152.

DELLA LOCAZIONE, E DELLA CONDUZIONE TEMPORALE.

Per D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Sangiorgio contra il Marchese de los Balbases, e D. Giuseppantonio Palatrasio.

ARGOMENTO.

I. Possono i feudi darsi a fitto, anche per tempo lungo, senza l'assenso del Principe.

II. Il socio, che dolosamente rinunzia alla società, decade dalla stessa società, ed è tenuto a ristorare i socj dell'interesse, e de' danni sofferti.

SOMMARIO.

1 SE *la pena della perdita del feudo minacciata dal jus feudale comune, casochè il feudatario senz' assenso l'alieni, sia stata dalle Leggi del Regno abolita.*

2 *Se sotto il divieto dell' alienazion de' feudi, sia compresa la locazione di tempo lungo:* Ved. i num. seg.

3 *Le alienazioni de' feudi senz' assenso, sono vietate:* Ved. il num. 6. *Prima dell' Imp. Lotario si permettevan talvolta; il che fu abolito:* Ved. il num. seg. *Qual fu la cagione di tal divieto:* Ved. i num. 5. ed 8.

4 *La locazion del feudo fatta senz' assenso, e per tempo lungo, o lunghissimo, vale: tranne soltanto quella, che sia fraudolente alienazione:* Ved. i num. seg.

Canonico fu vietata: e ſino a qual tempo fu inteſa per quella, che facevaſi per anni 10; *e quando cominciò ad intenderſi per quella, che facevaſi oltre i tre anni.*

25 *Per quali argomenti i feudiſti ebbero erroneamente per alienazione la locazione di* 10. *anni:* Ved. i num. ſeg.

26 *Qual ſi fu la ragione, per cui il jus Canonico vietò la locazione di tempo lungo:* Ved. i num ſeg.

28 *La locazione de' feudi fatta oltre i tre anni, ſi è da qualche Dottore erroneamente avuta per alienazione.*

29 *Si ſpongono le tre Leggi del titolo delle Pandette*, ſi ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur; *e ſi moſtra, che ſotto coteſto titolo non trattaſi della ſemplice locazione, ma dell' enfiteuſi:* Ved. i num. ſeg.

30 *Al ſuperficiario di tempo non* breve (*non già al ſemplice conduttor della ſuperficie*) *compete l' azione reale naſcente dal* jus in re: *Ved. i num.* 34. 35. *e* 58.

35 *Della regola da poter conoſcere quando il contratto ſia enfiteutico, e quando ſia di ſemplice locazione, e conduzione: e del divario, che paſſa tra 'l ſuperficiario, e 'l ſemplice conduttor della ſuperficie:* Ved. i num. ſeg. e 'l num. 58.

36 *Più ſono i caſi, in cui può 'l ſemplice conduttore eſpellerſi, ancorchè paghi puntualmente il fitto.*

37 *Il feudatario, gravato per fedecommeſſo a reſtituire il feudo, può ſenz' aſſenſo, e finchè viva, dare a fitto lo ſteſſo feudo:* Ved. il num. 61.

38 *Se ſenz' aſſenſo per breve, o per lungo tempo poſſa darſi a fitto il feudo, che comprende giuridizione.*

39 *Le rivoche de' contratti feudali prendon forza dal dì della notificazione fatta alle parti.*

40 *Qual ſia l' uſo, e la pratica, ſecondo cui i contratti feudali ſi rivocano.*

41 *Se la notificazion della ſuddetta rivoca debba eſſer giudiziaria, oppure baſti l' eſtragiudiziale:* Ved. il num. ſeg.

seg. e'l num. 70. e seg.

42 *Le decisioni hanno gran forza nelle cose ambigue; ma nulla vagliono, dove chiara è la Legge.*

43 *L'assenso s'intende dato giusta la petizione approvata, o moderata dall'istanza fiscale.*

44 *L'assenso devesi intendere secondo il tenor del sommario, tratto dalla supplica porta al Principe.*

45 *Non possono i Cherici torre a fitto gli altrui poderi.*

46 *La società contratta con persone riprovate per Legge, è nulla.*

47 *A quali persone, giusta le Leggi del Regno, sia permesso di accusare, e querelare.*

48 *Colla rinunzia sciogliesi la società.*

49 *Chi entrar vuole in una qualche società, aver deve il consenso di tutti i soci.* Ved. il num. seg.

50 *La società è una spezie di fratellanza.*

51 *Il socio, che dolosamente rinunzia alla società, è tenuto alla rifazion de' danni.*

52 *Chi intempestivamente rinunzia alla società è tenuto all'* id, quod interest.

53 *L'intempestiva rinunzia del socio, fa, che sebbene il rinunziante non sia socio ne' lucri, pur nondimeno si abbia per socio ne' danni.*

54 *Ai possessori di buona fede, che nel fondo altrui han fatto delle migliorazioni, si dà il jus della ritenzione.*

55 *Se ne' giudizj debbasi procedere esecutivamente, o con termine: e spezialmente, dove abbiasi a decidere un punto di mero diritto.* Ved. i num. seg.

59 *Ne' proemi si contiene la causa finale della disposizione.*

60 *La locazione de' feudi fatta senz' assenso, e per tempo lungo, o lunghissimo, è valida, se da' contraenti espressamente dicasi, che non s'intenda di trasferire il jus in re.*

61 *Dove la locazione da principio sia una, e di tempo*

 lun-

lungo, se incerta ne sia la durata, basta la sola incertezza ad impedire la traslazion del jus in re: *Ved. il num.* 37. e 63.

62 *Della differenza, che passa tra'l conduttore, e'l tenutario.*

63 *La tenuta di tempo lunghissimo, e di* 100. *e più anni, non si ha per alienazione.*

64 *In quali casi la dazion dell' usufrutto vada compresa sotto il nome di alienazione.*

65 *Se nulla essendo la locazion di tempo lungo, sia nulla del tutto, o nel solo eccesso del tempo:* Ved. i num. seg.

66 *Della regola, che* l' utile non si vizia per l' inutile: *e delle sue limitazioni:* Ved. i num. seg.

70 *Se la privata scienza della rivoca dell' alienazion del feudo, possa supplire il difetto della notificazione della stessa rivoca:* Ved. i num. seg. e'l num. 41. e 42.

71 *Quale scienza ricercasi nelle cose di grave pregiudizio.*

74 *Dove per Legge richiedesi la notificazione, non basta la scienza, avvegnachè sia piena, e distinta.*

ALLEGAZIONE V.

PER istrumento stipulato nel dì 3. del mese di Aprile dell' anno 1764, diè a fitto il Marchese di los Balbases a D. Giuseppantonio Palatrasio, a D. Eleuterio Amatulli, ed a D. Niccolò Sangiorgio, il feudo di *Ginosa* per anni 12, e per annui duc. 11400 da trasmettersi, e pagarsi in Napoli a spese, e rischio de' conduttori, oltre altri 600. in circa di annui pesi, che costoro presero sopra di se: nè, perchè quel feudo era stato affittato negli anni precedenti a D. Arturo Quinto per soli annui duc. 9000, fu contento il Marchese di accrescerne il fitto di altri annui duc. 3000. Volle ancora a se riservare una vastissima *difesa* detta il *Gaudiello*, ed ob-

obbligare i conduttori a pagargli dentro lo spazio del primo anno, oltre il fitto, la considerabilissima somma di duc. 12000, senz'alcuno interesse, da doversene rifare nel corso degli anni dodici, ritenendo in ciascun anno duc. 1000 del fitto: la qual somma gli fu nel primo anno puntualmente pagata. Per altro istrumento stipulato cinque dì dopo, ammisero i conduttori alla società dell'affitto tre Preti, strettissimi loro congiunti, D. Dionigi Zicaro, D. Carmine Sangiorgio, e D. Liborio Amatulli. Ma se ne sciolsero poi costoro per un terzo istrumento del dì 4 del mese di Novembre del seguente anno 1765, e vi fu ammesso D. Pasquale Federici.

Sino al mese di Gennajo dello scorso anno 1768. D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Sangiorgio godettero di quella pace, che avean loro fatta sperare le giurate promesse del Marchese. La turbò loro in quel mese nol Marchese de los Balbases, onestissimo Cavaliere, ma D. Giuseppantonio Palatrasio, uno de' tre conduttori. Lusingatosi costui di potere per un nuovo contratto restar solo nell'affitto, fece dare ad intendere al Marchese, che la locazion fatta di quel feudo per 12 anni, come locazione di tempo lungo, era una vera alienazione; e che, non essendosi fatta coll'assenso del Principe, poteva egli, secondo le Leggi del Regno, perdere il feudo: la qual perdita non poteva altrimenti evitarsi, che rivocandosi l'affitto in virtù della notissima Costituzione del Regno, *Constitutionem Divae memoriae*. E perchè più di buon cuore si disponesse colui a venire contr'al proprio fatto, fecegli ancora credere, ch' e' dovea farlo per iscrupolo di coscienza, tra perchè contr' al divieto de' sacri Canoni aveano i conduttori ammessi alla lor società tre Preti, tra perchè, facendo essi abuso della giuridizione, opprimeano i vassalli. Così s' indusse il Marchese a rivocare per pubblico istrumento l'affitto,

 e tut-

e tutti i soprarrecati motivi allegando, pretende oggi, che si rilasci a suo benefizio il feudo.

E chi è, che non iscusi il Marchese del venir, ch' e' fa contr' al proprio fatto? Basta a scusarnelo il solo timor di perdere un feudo sì specioso. E' vero, che la pena della perdita del feudo minacciata dal jus feudale comune, casochè 'l feudatario senza l' assenso del Principe l' alieni, a giudizio di Matteo degli Afflitti (a), e della più gran parte de' nostri, è stata dalle Leggi del Regno abolita; ma perchè 'l Freccia (b), comecchè non neghi, esser questa la *comune opinione de' periti del Regno*, nondimeno la contraria difende, e la difende qualche altro ancora; tanto bastava ad indurre nell' animo del Marchese un timore, che lo scusasse. Ed o quanto più sarebbe da scusarsi il Marchese de los Balbases, se, rivocando l' affitto, avesse prontamente offerte a' conduttori le molte migliaja, che gli si erano anticipatamente pagate: e se avesse nel tempo stesso rivocata la locazione dell' altro suo feudo del *Sesto*, affittato ancora per anni dodici, e senza l' assenso del Principe a D. Pasquale Federici.

Ma si venga alla causa. Scrivendo io per D. Eleuterio Amatulli, e per D. Niccolò Sangiorgio, dimostrerò nel primo Capo di questa Scrittura, che possono i feudi darsi a fitto, anche per tempo lungo, senza l' assenso del Principe: nel secondo, che l' istrumento d' affitto del dì 3 del mese di Aprile dell' anno 1764, è munito del R. assenso: nel terzo, che insussistenti sono i motivi della società contratta co' Preti, e dell' abuso della giuridizione: nel quarto, che D. Giuseppantonio Palatrasio è de-

(a) *In Const.* Constitutionem Divae memoriae, *pr.*
(b) *De subfeud. lib.* 2. *tit.* Quis dicatur Princeps §. *a Regnicolis*, *num.* 12.

decaduto dalla società dell' affitto, e dee condannarsi al rifacimento de' danni recati alla società.

CAPO I.

Possono i feudi darsi a fitto; anche per tempo lungo, senza l' assenso del Principe.

E' Opinione della più gran parte degli spositori del jus feudale, che sotto il divieto dell' alienazion de' feudi, è compresa la locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni: e la ragion, che se ne reca, è questa, perchè sì fatta locazione trasferisce nel conduttore il jus *in re*; cioè 'l quasi dominio, che *dominio utile* volgarmente vien detto. Così per comun sentimento de' Dottori il Rosentall (a): *Vasallus prohibetur feudum ad longum tempus decem annorum, aut ulterius sine consensu Domini locare. Ratio, quod in hujusmodi longi temporis locatione possessio, & utile jus dominii in conductorem transire receptum sit.* Non altrimenti il dè Ponte (b). Contra cotesta comun sentenza, o, per meglio dire, contra cotesto comune vergognosissimo errore, prendo io a scrivere secondo le vere massime della feudale, e Romana giurisprudenza. 2

Secondo il jus comune feudale sono vietate le alienazioni de' feudi senza l' assenso del Principe, non già le locazioni: anzi queste sono espressamente permesse senza distinzion di tempi. In un luogo delle *Consuetudi-* 3 4

(a) *Tractat. jur. feud. cap. 9. membr. 1. concl. 7. num.* 8. *& 9. Adde ibi notata lit. i, & k.*

(b) *Decis.* 28. *num.* 24 *& seq. & num.* 42.

ni feudali, si dice (*a*), che prima dell' Imperador Lotario permetteasi talvolta l' alienazion del feudo senza saputa del Principe; ma fu poi cotesto abuso per una Costituzione di Lotario abolito: indi si soggiunge : *Donare autem, aut judicare pro anima* (cioè *pro anima legare*) *vel in dotem pro filia dare, nullius Curiae poterat consuetudine, licet POSSET LOCARE, nisi locatio esset fraudulenta alienatio*. Si permette espressamente la locazione senza distinzion di tempi, e quella sola locazione si eccettua, che sia *frodolente alienazione*: nè l' alienazion frodolente è la locazione a lungo tempo, ma una vera alienazione nascosta sotto il nome, e sotto l' apparenza della locazione. L' atto, in tal caso, come fatto in frode della Legge, non val per nulla, non come locazione, perchè questa non si vuole, nè come alienazione, perchè questa dalla Legge è vietata. E che sia da sporre così la *frodolente alienazione*, chiaramente si prova per quel, che quivi soggiungesi, *sicut est per libellum, ut dicatur venditio: quis enim dubitat, quod libellario nomine sub vilissima duorum denariorum pensione perpetuo concedatur utendum, alienatum in fraudem esse?* E l' avea prima detto Ulpiano, scrivendo (*b*) *: Si quis conduxerit numo uno, conductio nulla est, quia & hoc donationis instar inducit*. Chi dà 'l fondo a fitto per un vil danaro non corrispondente in alcun modo a' frutti, finge di dare a fitto, ma dona in sustanza. Ecco la sola eccezione, che ci dà 'l jus feudale comune: eccezione, che non comprende di certo la locazione di dieci anni, in cui non ci è frode.

5 Nè, perchè le parole, *licet POSSET locare;* e le parole, *nisi locatio ESSET*, riguardano il tempo passato,

(a) *Lib. 2. tit. 9.* Qualiter olim pot. feud. alien.
(b) *L. si quis conduxerit 46. ff. locat.*

to, se ne può trarre, che permetteasi la locazione prima de' tempi di Lotario. La locazione, come quella, che nè propriamente, nè impropriamente può dirsi alienazione, è stata in ogni tempo permessa: onde il Cujacio, sponendo il suddetto luogo delle *Consuetudini feudali*, scrisse (a): *Locare permittebatur, hodieque permittitur*: nè la Costituzion di Lotario comprende la locazione: *Nemini licere* [eccone le parole (b)] *beneficia, quae a suis Senioribus habent, sine ipsorum permissione distrahere, vel aliquod commercium adversus tenorem nostrae Constitutionis excogitare, per quod Imperii, vel Dominorum minuatur utilitas*. Nota giudiziosamente il Cujacio (c), che in luogo della voce *commercium*, assi a leggere *commentum*, voce acconcissima a spiegare quella *frodolente alienazione*, di cui si parla nel trascritto luogo delle *Consuetudini feudali*. E cotesta lezione io confermo per lo verbo *excogitare*, il quale molto meglio si riferisce alla voce *commentum*, che alla voce *commercium*. Ma, ritenendosi la voce *commercium*, il contesto della Costituzione ci farà chiaramente conoscere, che non può comprendere la locazione. Dieder causa alla Costituzione le vere, e proprie distrazioni de' feudi, per cui, ridotti ad inopia i feudatarj, mal poteano prestare i militari servigj al Sovrano: *Comperimus, milites sua beneficia passim distrahere, ac ita omnibus exhaustis suorum Seniorum servitia subterfugere: per quod vires Imperii maxime attenuatas cognovimus, dum Proceres nostri milites suos omnibus beneficiis suis exutos ad felicissimam nostri Numinis expeditionem nullo modo transducere valeant*. Posta cotesta cau-

(a) *Tom. 2. pag. 1245. lit. C. edit. Neap.*

(b) *Const. Imperialis de prohib. feudi alienat. per Lothar. lib. 2. feud. tit. 52.*

(c) *Tom. 2. pag. 1322. lit. A.*

causa, ne aveva a seguire, che 'l fine del divieto fosse, *ne imperii*, *vel Dominorum minueretur utilitas*. Or chi è, che non vegga, che come nella locazione di nove anni, così nella locazione di dieci, e più, nè la causa, nè 'l fine della Costituzion di Lotario ha luogo? Per qualunque tempo diasi a fitto il feudo, non ne perde il feudatario nè 'l dominio, nè la rendita. La stessa causa, e lo stesso fine espresse poi l'Imp. Federigo, dicendo (a), che per le alienazioni de' feudi, *Principes debita servitia amittebant*, & *honor Imperii minuebatur*.

6 Per quel che si appartiene alle Leggi feudali del nostro Regno, sono ancora per esse vietati i soli atti di vera alienazione. Due ne' Libri delle Costituzioni ne abbiamo dintorno a ciò, l'una del Re Ruggiero, l'altra dell' Imp. Federigo II. Le parole della prima sono (b): *Quicumque de Regalibus nostris magnum, vel parvum quid tenet, nullo modo, nullo ingenio possit ad nostra Regalia pertinens alienare, donare, vel vendere in totum, vel in partem minuere, unde jura nostra Regalia minuantur, aut subtrahantur, aut damnum aliquod patiantur*. Le parole della seconda, sono (c): *Decernimus, omnes alienationes, seu quoscumque contractus super feudis, & rebus feudalibus minuendis, aut commutandis, nullam omnino firmitatem habere, nisi de speciali nostrae Celsitudinis licentia confirmentur. Transactiones etiam, si quae super eis sine mandato nostrae Curiae factae fuerint... nullius decernimus esse momenti*. Parlasi in questa, ed in quella di donare, di vendere, di diminuire, di commutare, di transigere, e ge-

(a) *Const.* Imperialem *de prob. feudi alienat. per Frideric. lib. 2. feud. tit. 55.*
(b) *Const.* scire volumus *de jurib. rer. regal.*
(c) *Const.* Constitutionem Divae memoriae *de revoc. feud.*

generalmente di alienare, cioè di trasferire in altrui dominio, od altro jus *in re*: ed è da notare, che nella Costituzion di Ruggiero precede la voce generale *alienare*, e spiegasi poi per le susseguenti voci *donare*, *vendere*, *minuere*, significanti atti di vera e propria alienazione: e più chiaramente nella Costituzion di Federigo la parola *alienationes*, che ancora precede, restringesi a' soli contratti *super feudis minuendis, aut commutandis*: qual di certo non è 'l contratto della locazione. Si aggiunge, ch' essendo la locazione espressamente permessa dal jus feudale comune, e non essendo dalle Leggi feudali del Regno espressamente vietata, si ha come permessa dalle Leggi ancora del Regno; conciosiachè dove nulla dicono le Leggi feudali del Regno, per certa ed indubita regola d' interpetrazione, sia da ricorrere al jus feudale comune. Nè da quel, che soggiungesi nella Costituzion di Federigo, *Encadentias autem Baronibus, & militibus locare permittimus*, si può col Bilotta (*a*) dedurre, che, permettendosi la locazione nelle sole *scadenze*, sia da intendere vietata ne' feudi; poichè primieramente se l' argomento valesse, ne seguirebbe, che, come qualunque locazione di qualunque tempo nelle *scadenze* è permessa, così qualunque locazione di qualunque tempo fosse vietata ne' feudi: e pure ne' feudi non altra locazione si vuol vietata, che la locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni: secondamente dopo le parole, *locare* 7 *permittimus*, seguono queste altre, *dummodo sub eo annuo servitio, & reddìtu locentur, sub quo antiquo locari consueverunt, ita quod in nullo debitum servitium, vel redditus minuatur*: per le quali chiaramente si mostra, che 'l verbo *locare* è da intendere *improprie, & largiter*, come dice

(a) *In conclus. feudal. concl.* 1. *num.* 4.

la Glosa (*a*), cioè non nel significato di una semplice locazione, in cui non può verificarsi nè l' obbligo, che s' impon quivi a' Baroni di concedere altrui le *scadenze sub antiquo annuo servitio*, nè 'l timore, che *minuatur servitium debitum*: ma nel significato di una dazione in enfiteusi, e di una *infeudazione* delle *scadenze sub antiquo annuo servitio*: e nota quì giudiziosamente la Glosa (*b*), che come veniva dal jus feudale comune permesso a' Baroni, *Domino inscio per feudum aliquem investire*, purchè 'l facessero *sincere & sine fraude* (*c*), ciò venne poi per la Costituzion di Federigo permesso loro nelle sole *scadenze*. Anche ne' libri del jus Romano si usan talvolta i verbi *locare*, e *conducere* nel significato di dare, e di ricevere in enfiteusi (*d*).

8 Dunque colle Leggi feudali degl' Imperadori Lotario, e Federigo si conformaron del tutto le Leggi feudali del nostro Regno: seguentemente vietaron le sole vere e proprie alienazioni senza l' assenso del Principe; e le vietarono per quel medesimo fine, per cui le aveano vietate Lotario, e Federigo: che non altro, che 'l fine espresso da Lotario, e Federigo esprimesi per le parole del Re Ruggiero, *ne jura Regalia minuantur*, *aut subtrahantur*, *aut damnum aliquod patiantur*; e per le parole dell' Imp. Federigo II, *ita quod in nullo debitum servitium minuantur*. Le sole vere e proprie alienazioni potean fare in quegli antichi tempi, che a diminuzione, ed a danno soggiacessero i dritti del Principe, e secondo la ragion de' tempi a noi più vicini, soggiaccion questi a diminuzione, ed a danno nel solo caso, che per

(a) *V. locare*.
(b) *Loc. cit.*
(c) *Lib. I. feud. tit. 9. Qualiter olim pot. feud. alien.*
(d) *L. 1. & 3. ff. si ager vectig. vel emphyt. pet.*

per le vere e proprie alienazioni si muti, senzachè nulla ne sappia il Principe, la persona del feudatario pe' servigj, e pe' rilevj, che gli sono dovuti, e per le devoluzioni, che possono accadere: per lo qual fine, ancora si dee l'assenso registrare ne' libri del Fisco, e non registrato dentro i tempi prescritti, si ha per non dato: *Considero finem* (così 'l de Marinis (a)) *propter quem tam de jure communi feudorum, quam Regni hujus, statutum est, ut in contractationibus feudorum, & jurium Regalium supremi Domini, requiratur assensus: est enim finis, ut sciat Dominus suum feudatarium, sicque ut habeat de illo notitiam propter servitia, relevia, & devolutiones: ac proinde assensus semper est registrandus.* Al contrario, come per le locazioni di nove anni, così per le locazioni di dieci, e di qualunque altro tempo più lungo non si muta nè la persona del feudatario, nè la ragion fiscale per rispetto de' servigj, de' rilevj, e delle devoluzioni.

9 A quel, che poi per sostegno della opposta sentenza volgarmente si dice, che la locazion di lungo tempo trasferisce il jus *in re*, ostano la natura del contratto della locazione, il jus del feudatario, e l'autorità de' più rispettabili interpetri del jus Romano, e feudale. Secondo l'idea, che senza alcuna distinzion di tempi ci danno le Leggi della locazione, tanto è lontano, che si trasferisca per essa nel conduttore il jus *in re*, che non acquista costui per essa nè meno il vero possesso. Questo, 10 anche dopo la tradizione della cosa locata, si ritiene dal locatore, a di cui nome possiede il conduttore, e perciò di costui è scritto appresso Ulpiano (b), che *est in possessione*, ma *non possidet*: e quando dicesi, che 'l con-

(a) *Resol. lib. 2. cap. 31. num. 14.*
(b) *L. officium 9. de rei vind.*

conduttore possiede, men propriamente si dice (*a*): e ciò
11 tanto è vero, che migliore della condizion del conduttore è la condizione del creditore pignoratizio. Costui, dice il Fabro (*b*), *sibi, non debitori possidet:* colui *in possessione tantum est fruendi dumtaxat gratia, eoque nomine praestat pensionem domino, qui per eam pensionis perceptionem non tantum rei suae possessionem retinere, sed etiam re ipsa frui intelligitur, L. non utitur* 38. *cum seq. ff. de usufr.:* e pure non ci è chi possa pretendere, che 'l creditore pignoratizio, stando per x. anni nel possesso del pegno, ne acquisti il dominio utile. Dunque la sola percezion de' frutti si trasferisce nel conduttore: onde il jus, che costui acquista, spiegasi da' giurisconsulti Roma-
12 ni o col verbo *uti*, o col verbo *frui* (*c*). Or il jus su i frutti, è del tutto diverso dal jus *in re*, cioè sul cor-
13 po del fondo. In fatti il nuovo padrone, tuttochè finito non sia il tempo della locazione, può, se vuole, espellere il conduttore (*d*); ma se ci è l' ipoteca del fondo, non gli si permette di espellerlo. Il jus su i frutti, che per la locazione acquista il conduttore, non
14 basta a difenderlo. Ci è uopo del jus sul corpo del fondo, onde nasce per Legge il jus della ritenzione: e cotesto jus dalla ipoteca, per cui si acquista il jus *in re*, non dalla locazione gli viene (*e*). E qual cosa è più sconcia ad udire di quel comun detto, che la locazione di anni nove è locazione, non alienazione, e trasferisce nel

(a) *Cujac. Obs. lib.* 9. *cap.* 33.

(b) *De error. Pragm. dec.* 100. *er.* 5.

(c) *L. si quis domum* 9. *pr.* & §. 1. *L. ex conducto* 15. *pr. L. si in lege* 24. §. 4., & *L. habitatores* 27. *pr. ff. locat.*

(d) *L. emtorem* 9. *C. de locat.* & *conduct.*

(e) *V. Brunneman. in cit. L.* 9.

nel conduttore il semplice jus su i frutti, nol jus *in re*: quandochè poi ai nove si aggiunga un altro anno, muta natura, e diventa alienazione? Quando mai le Leggi han data al tempo la forza di trasformare i contratti? Di sì strane trasformazioni non ci ha esempio ne' libri del jus Romano. Per questo gravissimo argomento, derise il Connano la contraria volgar sentenza, scrivendo (a): *Nostri non modicum id esse opinantur, quod non est decennio minus: ex quo concludunt, quemcumque decem annorum conductorem domini instar esse, & habere facultatem agendi ad rem, quasi vero solius temporis spatium hoc juris tribuat . . . . . In tempore, quantumvis magno, non satis est auctoritatis ad transmittendam dominii utilitatem*. Di questo istesso argomento si valse il Fabro, deridendo anch' esso la contraria dottrina, e 'l confermò riflettendo, che se per Legge non basta il tempo ad indurre l'obbligazion personale, la quale più facilmente s' induce, che si acquista il dominio; molto men può bastare a trasferire il jus *in re*. *Si tempus* [scrive il Fabro (b)] *per se non est modus tollendae, aut inducendae obligationis personalis, L. obligationum 44. §. placet de obl. & act., quanto minus poterit esse modus per se adquirendi, vel amittendi dominii?* Di Giacomo Cujacio ci è chi crede, che avesse posta nel solo tempo la differenza tra la locazione, e l'enfiteusi, insegnando esser locazione, se 'l tempo sia di cinque anni al più; ed enfiteusi, se ai cinque qualche altro anno si aggiunga. Così di lui crede il Vinnio, e ne 'l riprende (c): *Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quae lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteu-*

15

16

(a) *Comment. jur. civ. lib. 7. cap. 12. num. 4.*
(b) *Loc. cit.*
(c) *In §. 3. Inst. de locat. num. 4.*

teuticarium; absurdum enim est, ei, qui ad sex, aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, & novum opus nunciandi: quae omnia emphyteutis concessa esse, constat. Ma di sì sconcia e sì strana opinione non è stato mai autore il Cujacio, e 'l mostrerò io più giù. Che poi non abbian mai le Romane Leggi data al tempo la forza di trasformare la locazione in alienazione, si prova ancora per un altro argomento tratto dal verisimile. In niuna delle tante parti del Corpo del jus civile, nelle quali della locazione si parla, si fa mai alcun motto della differenza tra la locazione di nove anni, e la locazione di dieci: e non è da credere in alcun modo; che vi si fosse costantemente taciuta cosa tanto importante. Per quest'altro non men grave argomento derise ancora il Pinelli la contraria dottrina: *In longo* [e' dice (*a*)] *exactoque tractatu de locato, nec Jurisconsulti, nec Imperatores eam temporis differentiam tradiderunt; imo omnem locationem, quod ad tempus attinet, aequare videntur; si enim talis differentia vera esset, a juris conditoribus omitti non debuit*. E non solo, dove si parlò della locazione, cotesta sognata differenza si omise; ma dove si parlò degli atti compresi sotto il divieto dell' alienazione, non si parlò della locazione di
17 dieci, e più anni. L'Imp. Giustiniano, perchè più non si disputasse, se 'l tale, o 'l tale atto fosse, o non fosse compreso sotto il divieto di alienare, in una sua Costituzione (*b*) dichiarò, che 'l divieto di alienare fatto o dalla Legge, o dall' uomo oltre gli atti, onde propriamente si trasferisce il dominio, si estende alla ipoteca, alla costituzione delle servitù, ed alla enfiteusi. Era cotesto

(a) *In L. 1. C. de bon. mat. part. 3. num. 66. in fine.*
(b) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.*

testo il luogo, in cui farebbesi dovuto parlare della locazión di dieci anni, se si avesse avuta per alienazione; tanto più, che parlavasi dell'enfiteusi, che la simiglia: e pure non se ne fece alcun motto. E come se ne aveva a far motto, se la differenza tra la locazione di nove, e la locazione di dieci anni ne' libri del jus Romano chiaramente si esclude? In due luoghi delle Pandette (*a*) parlano Giuliano, e Labeone d' una locazione *in plures annos* [cioè oltre i cinque anni, ch' era appresso i Romani il solito tempo degli affitti de' fondi così pubblici, come privati (*b*): e tuttochè quel tempo indefinito di *più anni* comprendesse ancora il decennio, come di semplice locazione ne parlano. In un terzo (*c*) parla Giavoleno d'una locazione *in annos decem*, e ne parla ancora come di semplice locazione. 18

In quanto al jus del feudatario sul feudo, è da notare, che due diritti ha costui, l'uno sul corpo del feudo, il quale è diritto di proprietà, l' altro su i frutti. Il primo dipende in guisa dal supremo diritto del Principe, che non può 'l feudatario senza l'assenso del Principe trasferirlo in altrui: del secondo può 'l feudatario usare, come ne userebbe il Principe istesso: e la ragion della differenza è questa, perchè 'l primo diritto riguarda il corpo del feudo, ch' è feudale: il secondo riguarda i frutti, che o separati, o pendenti sono burgensatici. Contentomi di trascrivere un solo luogo del dotto Struvio, che ha cotesto punto meglio, che altri, trattato. 19 20

Il

(a) *L. qui fundum* 30., & *L. quum in plures* 60. *ff. locat.*

(b) *V. Cujac. in tit. ff. si ag. vectig. pet. tom.* 7. *p.* 377. *edit. Neap.*, & *Brisson. de verb. signif. v.* instrum.

(c) *L. fundi partem* 79. *de contrah. emt.*

Il luogo è questo (*a*): *Ad pleniſſimam fructuum perceptionem ſpectat, quod vaſſallus non ſolum queat locare feudum, vel alio modo jus percipiendi fructus ex feudo alteri concedere, ſed etiam commoditatem feudi pignori dare, vel hypothecam in ea conſtituere, & inde poteſt quoque immiſſio in feudum ratione fructuum fieri; ratione fructuum enim ſe habet vaſallus, ut alius dominus, ideoque non ſolum ipſe fructus percipere poteſt, ſed etiam quavis ratione de fructibus diſponere: quod de fructibus ſeparatis, ac redditibus perceptis facile conſtat, ſiquidem iſti non ſunt res feudales, ſed allodiales, Schelt. ad Mod. Piſtor. 3. quaeſt. 120. n. 18. Vultej. de feud. cap. 10. num. 75. De fructibus autem naſcituris, ſeu jure percipiendi fructus pendentes, aliaque emolumenta ex feudo, an idem dicendum ſit, dubitat Vultejus num. 76. Verum & hos fructus liberae diſpoſitioni vaſalli ſubjacere, recte COMMUNITER interpretes ſtatuunt.*

Che può ora valere la contraria autorità della più gran parte de' Dottori? E ſe tutti, ſenza contraddetto di alcuno, inſegnaſſero eſſer la locazione di lungo tempo un modo da trasferire il jus *in re*, che potrebbe l' autorità loro valere contra le chiare ed eſpreſſe diſpoſizioni delle Leggi? Ma non tutti inſegnan così: e ſe per la ſola autorità de' Dottori ſi aveſſe la preſente cauſa a decidere, pur dovrebbe cedere il maggior numero alla maggiore autorità di coloro, da' quali il contrario ſ'inſegna. S'inſegna il contrario, ſecondochè ſi è detto, dal Connano, dal Fabro, e dal Pinelli: il contrario s' inſegna dal Cumano, e dal Ritterſuſio, le cui parole non ho pronte, ma ſe ne citano i luoghi dall' Amaya (*b*), e dallo Struvio (*c*): e'l contrario finalmente s' inſegna

(a) *Syntagm. jur. feud. cap.* 12. §. 7. *num.* 1. & 2.
(b) *In L. un. C. de vend. rer. fiſc. lib.* 10. *num.* 50.
(c) *In cit.* §. 7. *num.* 2.

segna da Fr. Accursio, da Anton Matteo, dal Perezio, dal Vinnio, dall'Amaya, dal Gonzalez, e dai tre moderni dottissimi interpetri del jus feudale Giorgio Adamo Struvio, Samuele Strikio, e Giuseppe Leopoldo Roth. Scrive Accursio (*a*): *Si quis alienare prohibitus locet in centum annos, vel mille, non alienat*. Scrive Anton Matteo (*b*): *Locatio, conductio, in perpetuum contrahi potest, nec propterea in empyteusim transit, L. viam C. de locat. L. qui fundum 32. ff. eod.... Locatio nec dominium mutat, L. non solet 39. ff. eod., nec possessionem, L. si quis 10. §. 1. L. quod meo 18. ff. de adq. poss.: quum vero conductor possidere dicitur, L. 23. & 25. C. eod., loquutio est impropria*. Scrive il Perezio (*c*): *Recipit locatio tempus, & conditionem. Tempus vel est breve, vel longum: breve, quod non extenditur ad decennium: longum, si in decennium, vel ultra porrigatur: quo genere locationis in conductorem praedii dominium non transferri, manifesti juris est*. Scrive il Vinnio (*d*): *Locatio, quantivis temporis, non est modus transferendi dominii, L. non solet 39. ff. locat.* Scrive Fr. Amaya (*e*): *Falsum est, ex locatione longa transferri dominium utile: quam doctrinam Pragmatici contra jurisprudentiam veram invexerunt, quum nulla differentia sit inter locationem ad longum tempus, vel ad breve*. Scrive il Gonzalez (*f*): *Verum est, nec ex locatione ad modicum tempus, nec ad longum facta, dominium*

 ali-

(a) *In L. Lucius* 88. §. *instituto* 15. *de leg.* 2. *v.* non extitisse, *lit. o.*

(b) *Colleg. jur. disp.* 25. *n.* 5. & 6.

(c) *In tit. C. de locat. num.* 15.

(d) *Loc. cit. num.* 3.

(e) *Loc. cit.*

(f) *In cap.* ad audientiam 9. *de reb. Eccl. non alien. num.* 1.

aliquod in conductorem transferri: nec contrarium probant textus supra expensi, qui loquuntur, & procedunt in emphyteusi, ex qua dominium utile transfertur. Ma ne' tempi a noi più vicini con molto maggior franchezza, anzi come se la contraria sentenza non ci fosse mai stata, lo stesso insegnano lo Struvio, lo Strikio, e'l Roth: e parlano essi della locazion de' feudi, che per lungo tempo si faccia senza l'assenso del Principe. Scrive il primo (*a*): *Locationem, quod spectat, forte res dubio caret, quia loco fructuum vasallus percipit mercedem, & per locationem nullum jus in re in alium transfertur: quae ratio obtinet, sive ad breve, sive ad longum tempus locatio ineatur.* Scrive il secondo (*b*): *Potestne vasallus feudum locare? Adfirm., quia non est alienatio, L. 39. ff. locat., nisi sit fraudulenta. Quid si ad longum tempus sit facta locatio? Nihilominus valet, quia d. L. 39. generaliter loquitur.* Scrive il terzo (*c*): *Potestne vasallus beneficium locare? Resp. quod ita, per locationem enim nullum transfertur dominium, L. 39. ff. locat., nisi esset fraudulenta, si palam locetur, & clam vendatur. Quid si ad longum tempus facta locatio? Resp. valet locatio, quia per locationem nunquam transfertur dominium.*

22 A confermazione di tutto ciò, che si è detto, scoprasi l'origine dell'errore, in cui sono tanti, e tanti Dottori vergognosamente caduti. L'origine è stata non altra, che una prava interpetrazione di alcuni luoghi del jus Canonico, e di alcuni altri del jus Civile. In una Decretale di P. Celestino III. (*d*) si legge: *Ad audientiam nostram noveris pervenisse, quod quidam de Canonicis Exonen-*

(a) *Loc. cit.*
(b) *Exam. jur. feud. cap. 19. num. 18. & 19.*
(c) *Pandect. feudal. cap. 19. q. 18. & 19.*
(d) *Cap.* ad audientiam *9. de reb. Eccl. non alien.*

nensis Ecclesiae, quaedam praedia ejusdem Ecclesiae, inconsultis aliis fratribus, in damnum ejus in perpetuum locaverunt: ideoque mandamus, quatenus, si verum est, quod adseritur, locationes illas legitime revocare curetis. In questa Decretale si è comunemente creduto contenersi il divieto della locazione di tempo lungo, cioè di dieci anni, come di quella, che si ha per alienazione (*a*); quandochè quell' *in perpetuum locaverunt*, è da intendersi non della semplice locazione, che ne' libri della Legge non si spiega mai colla giunta della voce *in perpetuum*, ma certamente è da intendersi dell' enfiteusi, della quale, comecchè per ispezial convenzione possa restringersi a certo e determinato tempo, nondimeno, perchè 'l jus dell' enfiteuta, *natura sua perpetuarium est*, come il Vinnio scrive (*b*), non altra idea ci si dà, che di una *perpetua* locazione (*c*). E che P. Celestino III. dell' enfiteusi parlasse, provasi per un argomento, contra cui non ci è risposta, che vaglia. I modi di dire, che usa P. Celestino, ci fanno intendere, ch' e' non fa quivi un divieto del tutto nuovo, ma riprova una locazion perpetua, come un' alienazion fatta contr' al divieto degli antichi Canoni: e i Canoni più antichi di Celestino, sotto la voce *alienazione*, comprendeano *emphyteusim perpetuum contractum* (*d*), non già la locazione. Primamente nell' anno 1311. P. Clemente V. vietò la locazione di tempo lungo (*e*), la quale fino a' tempi di P. Paolo II. fu

23

24

L 2

(a) *V. Gonzalez in cit. cap.* 9.

(b) *In cit.* §. 3. *not.* 1.

(c) *L.* 1. *si ager vectig. vel emphyt.*, *L.* 1. *C. de off. Com. Sacr. Palat.*, *L.* 1. *&* 3. *Cod. de locat. praed. civ. lib.* 11, *&* *cit.* §. 3. *Inst.*

(d) *Cap.* nulli 5. *eod. tit.*

(e) *Clem.* Monasteriorum, *cap.* 1. *de reb. Eccl. non alien.*

fu dagl'interpetri intesa per quella, che faceasi per anni dieci, e cominciò poi per una Costituzione di P. Paolo (*a*) ad intendersi per quella, che si facesse oltre i tre

25 anni. Così dagli antichi interpetri delle Decretali primamente s' insegnò, che la locazione di dieci anni fosse alienazione; e successivamente i Feudisti, per argomento tratto da' beni della Chiesa a' feudi, ebbero per alienazion de' feudi la locazione, che se ne facesse per dieci anni, abusando così del jus Canonico, e del jus feuda-

26 le. La ragion, per cui il jus Canonico vietò la locazione di lungo tempo, non fu perchè l'ebbe per alienazione, che trasferisse il dominio utile; ma perchè temè, che lo stare per lungo tempo i fondi della Chiesa in mano de' conduttori senzachè potessero torsi loro di mano, non tornasse in di lei danno, casochè nel corso di sì lungo tempo ne crescesse il fitto: onde per quella utilità, che avea data causa al divieto della vera alienazione, l' estese ancora alla locazione di tempo lungo, come ad un contratto del tutto diverso, il quale, sebbene non trasferisse quel jus *in re*, che la vera alienazion trasferiva, nondimeno riuscir potea dannoso alla

27 Chiesa. Così sono da sporre i suddetti luoghi del jus Canonico: e così gli spone il dotto Fr. Amaya, il quale, dopo di aver convinti di manifestissimo errore coloro, che han per alienazione la locazione di tempo lungo, all' argomento tratto dal jus Canonico, risponde così (*b*): *Non obstat Clem.* 1. *de reb. Eccl. non alien., ubi, sub nomine alienationis continetur locatio ad longum tempus; nam non comprehenditur proprio nomine, sed ex extensione legis... quum posset evenire, ut si res Ecclesiae ad longum tempus non esset locata, utilior esset Ecclesiae*. La sposizio-

(a) *Extrav. ambitiosae lib.* 3. *Extrav. comm. tit.* 4.
(b) *In cit. L. un. num.* 56.

zione, e la risposta dell'Amaya, ritiene ancora il Gonzalez (*a*): ed io la confermo per la soppraccitata Costituzione di P. Paolo II, che vietò la locazione de' beni della Chiesa oltre i tre anni. Se l' avesse vietata come alienazione, ne seguirebbe, che la locazione, perchè vera locazion fosse, si avrebbe a fare infra il triennio; e che fatta per tre anni, ed un mese, trasferirebbe il dominio utile nel conduttore: e per argomento tratto da' beni della Chiesa a' feudi, lo stesso della locazion de' feudi sarebbe ancora da dire: e della locazion de' feudi qualche forense l'ha detto (*b*). Ma chi è, che, udendo cosa cotanto strana, possa tener le risa? Fu dunque la disposizione del jus Canonico una estension del divieto da un contratto ad un altro del tutto diverso in quanto al genere, ed in quanto all'effetto: estensione non fatta dal jus feudale. Come poi può trarsi argomento da' beni della Chiesa a' feudi, quandochè molto diversa è la ragion de' primi dalla ragion de' secondi? Che se dubbia pur fosse la disposizione del jus feudale, secondo le regole del jus Civile, non del jus Canonico, sarebbe da interpetrarsi: e si è già provato, che secondo il jus Civile la locazione di tempo lungo non va compresa sotto il divieto dell' alienazione. 28

E pure (chi 'l crederebbe?) per difendere il comun errore, ricorrono alcuni al jus Civile. In tre luoghi posti sotto il titolo delle Pandette, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, si legge (*c*): *Agri Civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, ne-* 29

(a) *In cit. cap. 9. num. 1. in fine.*
(b) *De Luca ad de Marin. resol. lib. 2. cap. 31. num. 11.*
(c) *L. 1. eod.*

neque his, *qui in locum eorum successerunt*, *auferri eos liceat*. (Forse han mutato luogo per colpa de' copisti le voci *tamdiu*, e *quamdiu*, e questa è da porsi, ov'è quella. Di sì fatte mutazioni ci ha, dopo A. Agostino, dati più esempj il Bynkershoek (*a*)): *Non vectigales sunt*, *qui ita colendi dantur*, *ut privatim agros nostros colendos dare solemus*. *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus*, *quamvis non efficiantur domini*, *tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem*, *sed & adversus ipsos municipes* (*b*); *ita tamen si vectigal solvant* (*c*). *Idem est*, *& si ad tempus habuerint conductum*, *nec tempus conductionis finitum sit*. Parlasi della locazion perpetua de' fondi delle Città, e dicesi, che per esse si acquista a' conduttori l' azione *in rem*: indi soggiungesi esser da dire lo stesso delle locazioni *ad tempus*, *Idem est & si ad tempus habuerint conductum*: dove quell' *ad tempus*, è da intendersi, come se si fosse scritto *ad tempus non modicum*: la quale

30 interpetrazione si appoggia in quel, che del superficiario dice Ulpiano (*d*), che sebbene regolarmente gli si neghi l'azione *in rem*, nondimeno, *causa cognita*, *ei*, *qui non ad modicum tempus conduxit superficiem*, *in rem actio competet*. Ecco (e' dicono) si dà l' azion reale, nascente dal jus *in re*, non solo a' conduttori perpetui, ma ancora a' conduttori di tempo *non breve*; cioè, come essi l' interpetrano, di dieci anni.

31 Forse men tollerabile dell' abuso fatto del jus Canonico è l'abuso, ch'e' fanno del jus Civile, interpetrandolo a cotesto modo. Ne' trascritti luoghi parlasi de' fondi *vectigali*, cioè de' fondi *enfiteuticarj*: e non ce ne

fa

(a) *Obs. lib.* 1. *cap.* 11., *lib.* 2. *cap.* 9., *lib.* 3. *cap.* 5. *&c.*

(b) *L.* 2. *eod.*

(c) *L.* 3. *eod.* (d) *L.* 1. §. 3. *ff. de superfic.*

fa dubitare il titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur:* dove, se quel *vel* tanto valesse, quanto *id est*, come, dopo Fr. Accursio, volle il Cujacio (*a*), sinonimi sarebbero *vectigalis* ed *emphyteuticarius:* se poi fosse, qual'è 'l più delle volte, una particella alternativa, come piacque al Fabro (*b*), per la voce *vectigalis*, spiegherebbesi l'enfiteusi de' fondi pubblici, e per la voce *emphyteuticarius*, l'enfiteusi de' fondi privati: la qual differenza non riguarda la sustanza. Comunque stia la cosa, è certo, che l' azione *in rem* si fa nascere dall' enfiteusi, non dalla semplice locazione, di cui non si tratta sotto quel titolo: e come la clausola *in perpetuum*, così la clausola *ad tempus* alla enfiteusi, non alla locazione si riferisce: onde quando per argomento tratto da quel, che del superficiario scrive Ulpiano, si avesse la parola *ad tempus* da intendere del tempo *non lungo*, nè men tornerebbe bene nel caso nostro; poichè già si è detto, che sebbene il jus dell' enfiteuta, secondo la natura dell'enfiteusi, sia perpetuo, nondimeno può per convenzione restringersi a certo tempo. In fatti, citando il Vinnio lo stesso luogo di Ulpiano, intese anch' esso la parola *ad tempus* del tempo *non breve;* ma all' enfiteusi, non alla locazione la riferì (*c*): *Jus emphyteuticum, jus perpetuarium appellatur*, *L. 1. C. de off. Com. sac. Palat.*, *&* *emphyteutae perpetuarii conductores*, *L. 1. & 3. C. de locat. praed. civ. lib. 11.*, *quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit*, *L. ult. si ag. vectig. L. 1. §. 3. de superfic.* E pure anche nell' enfiteusi di tempo certo non è necessario, che quel *tempus non modicum* sia almen di dieci anni. Tuttochè sia di nove, o di

32

33

(a) *In cit. tit. ff. si ager vect. tom. 7. p. 376.*
(b) *In cit. tit. ff.*
(c) *In cit. §. 3. num. 2.*

o di otto, esser può vera enfiteusi, e trasferirsi per essa il jus *in re*, se tal sia la mente de' contraenti. Quel Vinnio istesso, che del tempo dell'enfiteusi scrisse, *dum ne id modicum sit*, immediatamente soggiunse, *caeterum, ut emphyteusis constituta censeatur, id non aestimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo quod actum est*. E questo è 'l luogo da dimostrare, non esser vero quel, che del Cujacio il Vinnio credè, cioè, che avesse posta nel solo tempo la differenza tra la locazione, e l'enfiteusi. Spiegando il Cujacio quel testo di
34 Ulpiano (a): *Caussa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*, scrive (b): *Caussa cognita danda est actio haec; nec enim dabitur ex locatione nuda, & simplici, sed ex caussa tantum, quae jus conductori tribuit & constituit: & si quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuisse locatio & conductio nuda ac simplex, sive vulgaris; solebant enim locationes fieri in quinquennium.... at locationes, quibus conceditur conductori, & constituitur jus emphyteuticum, vel jus superficiarium ... fiunt in longius tempus, quam quinque annorum*. Queste parole fecero credere al Vinnio, che avesse il Cujacio avuta per enfiteusi la locazion fatta oltre i cinque anni. Ma ciò non dice il Cujacio. E primieramente, se nel solo tempo avesse egli posta la differenza tra la locazione, e l'enfiteusi, non avrebbe detto, *caussa cognita danda est actio haec*. Non ci è uopo di cognizion di causa, quando non assi a far altro, che contare gli anni. Secondamente dice il Cujacio, che, fatta la locazione per soli cinque anni, par che sia una nuda e semplice locazione, *VIDETUR esse locatio nuda & simplex:* non

(a) *In cit. L. 1. de superfic.*
(b) *In cit. tit. ff. p. 377.*

non dice, che tal sia di certo: nè dice, che, facendosi oltre i cinque anni, sia certamente enfiteusi. Dice, che'l solito appresso i Romani era, che le semplici locazioni si facessero per cinque anni, e l'enfiteusi per tempo più lungo: e da cotesto solito trae nel dubbio un argomento da credere verisimilmente, che avessero i contraenti voluto far piuttosto la locazione, che l'enfiteusi, o piuttosto l'enfiteusi, che la locazione: il quale argomento, comecchè sia acconciamente tratto dalla Romana giurisprudenza, ne' tempi nostri, non val per nulla, conciosiachè non sia appresso noi quel solito, ch' era appresso i Romani. Del rimanente non nega il Cujacio, esser principalmente da attendere quel che si è voluto da' contraenti: anzi ingenuamente confessa, che ben poteano, secondo il jus Romano, farsi le nude, e semplici locazioni per lungo tempo, ed indefinitamente oltre i cinque anni: *Poterat haec conductio simplex fieri in LONGUM tempus, sed sollemne tempus erat lustrum, sive quinquennium: atque ita in L. si in lege, §. ult. L. qui fundum, L. quum in plures 3. ff. loc. locare in PLURES annos, idest, in plures quam quinque.*

35 Ma niuno meglio del Fabro ha scoverto l'error di coloro, che, pe' trascritti luoghi del jus Civile, han voluto provare, che la locazione di tempo lungo trasferisce il dominio utile nel conduttore. Riflette il Fabro, che nel sopraccitato titolo, *Si ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, dassi a' conduttori de' fondi vettigali, od enfiteuticarj l'azione *in rem*, quando si sono dati loro *hac lege, ut quamdiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat:* il qual patto deve aver luogo non solo nella enfiteusi perpetua, ma in quella ancora, che si contrae a tempo certo, richiedendo così le susseguenti parole, *Idem est* ec., le

quali sono ripetitive di tutte le precedenti. Cotesto patto fa, che 'l contratto sia enfiteusi, tuttochè 'l tempo sia infra 'l decennio: e se cotesto patto mancasse, sarebbe sempre locazione, tuttochè 'l tempo fosse di dieci, e più
36 anni. Più sono i casi, ne' quali può 'l semplice conduttore espellersi, ancorchè paghi puntualmente il fitto (a), appunto perchè manca un tal patto; ma l'enfiteuta, in virtù di esso, acquista il jus *in re*, donde nasce il jus della *ritenzione:* e basta, che paghi la pensione, perchè non possa mai torglisi di mano il fondo. E cotesto istesso patto come fa, che uom sia enfiteuta, non semplice conduttore, così fa, che sia superficiario, non semplice conduttor della superficie. Le parole del Fabro, sono (b): *In locatione facta ad longum tempus, non minus decennio, aliud esse volunt magis communiter, ut ejusmodi locatio species quaedam sit alienationis . . . Ratio unica, quam adferunt, illa est, quod per hujusmodi locationem transferatur jus in re, & utilis in rem actio conductori adquiratur ex L. ult. ff. si ager vectig. vel emphyt. pet., & L. 1. §. quod ait, ff. de superfic. Quibus tamen locis non simpliciter de conductione agitur, quae facta sit ad longum tempus, de qua nunc loquimur, sed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel superficiario, qui locatus sit vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus, non solum constituta certa pensione annua, sed illa etiam lege adjecta, ut quamdiu vectigal, aut pensio solvetur, non possit dominus rem auferre conductori, ut scriptum est in L. 1. ff. si ager vectig., haec enim pactio illa est, quae jus in re, & in rem praebet conductori propter jus retentionis, quod ei tribuit, ut, invito etiam domino, possit rem sibi retinere: quod in caeteris vulgaribus & ordinariis condu-*

(a) *L. aede 3. & L. emtorem 9. C. de locat.*
(b) *In cit. err. 5.*

ductionibus diversum est. Ex qua L. 1. *supplendum est, quod scribit Paulus in L. idest* 74. *ff. de rei vindic., superficiarium eum esse, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet, nimirum eo praeterea concurrente, ut quamdiu pensio praestabitur, auferri ei res a domino non possit: alioquin simplex erit conductor superficiei, non etiam superficiarius; accedit enim proxime jus superficiei ad jus vectigale, aut emphyteuticum.*

Ma sia pur vero, esser la locazione di tempo lungo una vera alienazione. L'essere il corpo del feudo di *Ginosa* sottoposto con Reale assenso a majorasco, fa, che la locazione, tuttochè fatta per anni dodici, non sia di tempo lungo. Anche posta la contraria volgar sentenza, allora i dieci anni sono tempo lungo, quando sia certo il conduttore della durata della locazione per tutti quegli anni, ancorchè muoja nel corso di essi il locatore: il chè ben si verifica, se viene il successore alla cosa locata colla sola qualità ereditaria; non già se vi viene per diritto di propria vocazione: nel qual secondo caso finisce la locazione, come finisce la vita del locatore: e può questa finire nel primo anno dell' affitto. Trattò questo punto Giannandrea di Giorgio, difendendo l' affitto di un uffizio fatto senza il Reale assenso per anni quindeci: e 'l difese (a) per la ragione, che, sebben si fosse fatto per tempo lungo, nondimeno, perchè morto il locatore, non sarebbe l' uffizio passato all' erede, non n' era certa quella sì lunga durata: *Aliud est locare ad longum tempus, & ab initio certum reddere conductorem pro toto tempore conductionis: aliud vero locare ad certum tempus, durante tamen vita locatoris; primo enim casu transfertur utile dominium in conductorem, secundo vero non; nam licet quis possit vivere centum annis, po-*

37

 -test

(a) *Alleg.* 5. *num.* 4.

test etiam statim mori, & propterea, ratione incertitudinis, non dicitur talis locatio ad longum tempus, & ex ea non transfertur jus in re, & consequenter est valida absque assensu. E così avean prima insegnato l' Isernia, il Camerario, ed altri da lui citati.

38 Ma l' affitto del feudo di *Ginosa* comprende ancora la giuridizione; e questa nè per lungo, nè per breve tempo può darsi a fitto.

Così credè Camillo de' Medici, e si studiò di persuaderne il S. Consiglio nella causa tra 'l Principe di Squillace, e Francesco Pitera (a): ma testimonia il de Marinis (b), *contra scripta per Camillum de Medicis fuisse per S. Consilium decisum, nimirum, ut in locatione feudi cum jurisdictione, & vasallis, nullatenus Regius requiratur assensus*. Per molti, e gravi argomenti, acconciamente tratti dal jus Civile, e feudale, mostrò falsa il de Marinis l'opinione di Camillo de' Medici: e cosa molto agevole mi sarebbe recargli in mezzo. Ma non ce n'è uopo per una circostanza di fatto, che trovo nell' istrumento dell' affitto, cioè, che dovesse il Marchese *dare in mano de' conduttori le lettere patentali di proprio pugno firmate*. A' conduttori si dà la sola scelta degli Uffiziali di giustizia: e questa non è atto di giuridizione. Al contrario, atto di giuridizione è la soscrizione delle patenti, per la quale la giuridizione si conferisce. Dunque non altro, che 'l frutto della giuridizione fu compreso nell' affitto: e cotesto si volle dire per quelle parole, che leggonsi nel fine dell' istrumento, che dovessero i conduttori *usufruttuare i corpi locati, e la giuridizione come affittatori usufruttuarj, non proprietarj,*

CA-

(a) *Consil.* 147.
(b) *In cit. cap.* 31. *num.* 18.

CAPO II.

L' istrumento d' affitto del dì 3. del mese di Aprile dell' anno 1764, è munito di R. assenso.

SI passi ora dal jus al fatto. Il fatto è, che nel caso nostro il Reale assenso non manca. Nel mese di Gennajo del passato anno 1768. D. Eleuterio Amatulli, sponendo fedelmente alla M. del Re nella sua Real Camera di S. Chiara il tenore dell' istrumento d' affitto, chiese il R. assenso, ed inteso l' Avvocato Fiscale del Real patrimonio, nel dì 26. dello stesso mese di Gennajo, l' ottenne.

Per non far valere cotesto assenso, due cose dice il dotto Contraddittore. L' una è, che prima del dì dell' assenso, erasi dal Marchese già rivocato l' affitto, ed istituito il giudizio della *rivoca*: l' altra è, che l' assenso fu chiesto dal solo Amatulli, non da tutti e tre i conduttori, ed al solo Amatulli fu dato: *Volumus, quod praesens noster Regalis adsensus expeditus ad instantiam D. Eleuterii Amatulli pro affictu eidem facto, non registretur, nisi* ec.: dove le parole, *pro affictu EIDEM facto*, restringono l' assenso alla persona del solo Amatulli: e si sa, ch' essendo l' assenso di strettissima interpetrazione, non si estende da persona a persona.

Agevolissime sono le risposte. Alla prima cosa rispondo, che, sebbene l' istrumento della *rivoca* dell' affitto sia del dì 5. del mese di Gennajo, e la supplica del Marchese si vegga commessa al Signor Consultore D. Domenico Pensabene nel dì 16, nondimeno furono notificate le provvisioni al Palatrasio, ed al Sangiorgio nel

39

nel dì 28. di quel mese, ed all'Amatulli nel dì 4. del mese di Febbrajo: e dal dì della notificazione incomincia la *rivoca* a valere, e prima si ha come non fatta. Così si legge in una delle nostre Prammatiche (*a*): *Vogliamo, ed ordiniamo, che le rivocazioni de' contratti feudali in virtù della Costituzione di questo Regno, quando si faranno dal venditore, o compratore, si debbano legittimamente notificare alle parti, e non abbiano forza nè valore alcuno, se non dal dì di d. notificazione*. Dunque per rispetto del Palatrasio, e del Sangiorgio, avrebbe dovuto la *rivoca* incominciare a valere dal dì 28. del mese di Gennajo, e per rispetto dell'Amatulli dal dì 4. del mese
40 di Febbrajo: e se si avesse a stare all'uso, secondo cui si rivocano i contratti feudali per pubblico istrumento, e la copia dell'istrumento s' intima (*b*), non sarebbe la *rivoca* incominciata ancora a valere, perchè non ancora si è intimata a' conduttori la copia dell' istrumento del dì 5. del mese di Gennajo: seguentemente il Reale assenso fu chiesto, e dato, primachè si fosse dal Marchese rivocato l' affitto.

41 E non può giovare al Marchese de los Balbases quel, che ci lasciò scritto il Reggente Sanfelice (*c*), che nella causa tra 'l Giudice Gianluigi Catalano, ed Antonio di Fiore, trattata nel Collateral Consiglio l' anno 1622; vale a dire 6. anni dopo la suddetta Prammatica, si ebbe per vero, valer la *rivoca* anche prima della notificazione, quando costi, che se ne sia avuta altronde la notizia, come, in quel caso, dice il Sanfelice, che *constabat*. Non può, torno a dire, giovargli, perchè le parole della Prammatica, *si debbano LEGIT-*
TI-

(a) *Pr.* 10. §. 75. *de off. judic.*
(b) *De Rosa consult.* 14. *num.* 13.
(c) *Decis.* 105. *num.* 18.

TIMAMENTE NOTIFICARE, inducono la necessità della scienza giudiziaria, il cui difetto non può supplirsi per la scienza estragiudiziale, come non si supplisce ne' decreti, e negli altri atti forensi (*a*): e con ragione, perchè pari non è la forza dell' una, e dell' altra. Il compratore del feudo, per la notificazione della *rivoca*, acquista una scienza certa della ferma risoluzione del venditore: al contrario, sino a tanto che non gli è notificata, tuttochè non ne possa dubitare, forse, perchè 'l notajo gliene ha fatto leggere l' istrumento, ben può lusingarsi, che 'l venditore, mutando pensiero, più non ne usi. Nè della opposta Decisione del Collaterale abbiam noi da brigarci molto, nè poco. Si appoggiò questa in altri più gravi motivi, che posson leggersi nel Sanfelice. E poi contra la chiara ed espressa disposizion della Legge, che può valere una sola Decisione, di cui non si è tenuto conto giammai? Il de Marinis (*b*), il de Rosa (*c*), e quanti dopo sì fatta Decisione han trattato cotesto punto, della giudiziaria notificazione della rivoca han parlato secondo il disposto della Prammatica. E se non una, ma cento e mille Decisioni mi si opponessero, 42 che potrebbon valere? *Imperator Severus rescripsit*, dice Callistrato (*d*), *in ambiguitatibus, quae ex Legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim Legis obtinere debere*. Le cose giudicate sempre ad un modo hanno gran forza *in ambiguitatibus*; ma nulla vagliono, quando chiara è la Legge. Le parole della Prammatica: *Si debbano LEGITTIMAMENTE NOTIFICARE*, secondo il proprio e nativo

(a) *Costa de facti scient. & ign. inspect. 63. num.* 13.
(b) *Resol. lib.* 1. *cap.* 329. *num.* 20.
(c) *Loc. cit.*
(d) *In L.* 38. *ff. de leg.*

tivo ſignificato, eſcludono la ſcienza privata avuta altronde; e sì chiaramente l'eſcludono, che non laſcian luogo a dubbio. Finalmente, nel caſo di quella Deciſione, dice il Sanfelice, che della ſcienza della *rivoca CONSTABAT;* cioè, che vi era negli atti pruova certa e ſicura. E qual certa e ſicura pruova ce n'è nel noſtro caſo? Se ne allegano lontani, e deboli ſoſpetti, che nulla conchiudono.

43 Alla ſeconda coſa riſpondo, che delle parole, *pro affictu EIDEM facto*, non è da far gràn caſo, come di quelle, che non ſono parole del Principe. Le parole del Principe ſono quelle ſole: *Fiat in forma;* e ce ne aſſecura il noſtro Giuſeppe de Roſa (*a*): *Princeps, dum aſſentitur, nihil aliud reſcribit, niſi FIAT IN FORMA:* tutte le altre ſi aggiungono dagli Uffiziali della Cancelleria nel diſtender, ch'e' fanno il privilegio: e ſi aggiungono *non de certa Principis ſcientia*, *&* *voluntate*, come dice lo ſteſſo de Roſa. Or le parole, *Fiat in forma*, ſi riferiſcono alla petizione, ed alla iſtanza fatta in viſta della petizione dall'Avvocato del Real patrimonio: e perciò, dopo le parole, *fiat in forma*, ſeguono queſte altre, *ſervata forma inſtantiae R. fiſci:* ſeguentemente operano, che s'intenda dato l'aſſenſo ſecondo la petizione approvata, o moderata dalla iſtanza fiſcale: *Reſcripta*, dice il Gonzalez (*b*), *a petitionis forma effectum*, *&* *intellectum accipiunt*. E' dunque da por mente alla petizione, ed alla iſtanza del Fiſco. Per riſpetto della petizione, è vero, che al Re ricorſe il ſolo Amatulli; ma eſpreſſe egli il numero, e i nomi di tutti i conduttori: diſſe, che avean tutti e tre preſo l'affitto *in ſolidum:* eſpreſſe il tenore dell'iſtrumento; e finalmente diſſe, che cor-

(a) *Conſult.* 12. *num.* 69.
(b) *In cap.* caeterum 3. *de reſcript. num.* 6.

correva il quarto anno dell' affitto, e gl' incombeva, che 'l rimanente tempo di d. affitto corresse eziandio col beneplacito di S. M., e perciò del suo Real beneplacito la suppli-tava. Dunque l'Amatulli a comodo di tutti e tre i conduttori, e per la durata, e fermezza dell' affitto chiese, ed ottenne l' assenso; ed in conseguenza fu questo un assenso reale, non personale. Ciò si conferma per l' istanza fiscale: *Fiscus remittit se cum conditione, ne locatio, & hypotheca feudalis officiat R. Curiae* ec. La parola, *ne locatio*, chiaramente ci mostra, che sull' affitto si era chiesto, e sull' affitto sarebbe caduto l'assenso. Ma basta a trarci di qualunque dubbio il sommario del privilegio. *V. M. concede il suo Reale assenso all' introscritto istrumento circa l' affitto del feudo della terra di Ginosa per anni dodici, fatto sin dall' anno 1764 dal Marchese de los Balbases in beneficio di D. Eleuterio Amatulli in solidum col Dot. Giuseppantonio Palatrasio, e D. Nicola Maria Sangiorgio con tutti li corpi feudali, e burgensatici, e coll' onnimoda giuridizione, ed a tutte le cose contenute nell' introscritto memoriale in forma Regalis Camerae S. Clarae.* L'uso di cotesti sommarj si è introdotto, perchè 'l Principe legga compendiata la supplica, senzachè abbia a durar la fatiga di leggerla intera: onde a ragione il Card. de Luca insegnò (*a*), che secondo il tenor del sommario è da intender la grazia: *Non leguntur per extensum per Papam supplicationes, sed in calce fit breve summarium continens substantialia gratiae, ad quae Papa respicit, an concedi debeant nec ne: alia vero in corpore sibi non innotescunt. . . . ideoque merito in Dataria inolevit stylus, quod gratiae sive sint ad supplicationem, sive motu proprio, non attenduntur, nisi ad limites summarii.* 44

(a) *De Regal. disc.* 201. *num.* 9. & 10.

CAPO II.

Insussistenti sono i motivi della società contratta co' Preti, e dell' abuso della giuridizione.

45 NOn perchè 'l Concilio generale di Calcedonia (*a*) minaccia di censure i Cherici, che tolgono a fitto gli altrui poderi: non perchè di pene pecuniarie gli minaccia una Novella dell' Imp. Giustiniano (*b*), ne segue, che per avere i conduttori del feudo di Ginosa contratta società con tre Preti, strettissimi loro congiunti, possa dal Marchese rivocarsi l'affitto: da quel Marchese, che ha ricevuti ben volentieri i pagamenti fattigli da que' tre Preti. Non ci è Dottore, cui sia venuto in mente, potersi per sì fatta società rivocare un affitto. Si aggiunge, che la società co' Preti si contrasse nell' istrumento del dì 8. del mese di Aprile dell' anno 1764, e si sciolse poi nel dì 4. del mese di Novembre 46 dell' anno 1765. emendandosi il mal fatto: e quandochè durasse ancora cotesta società, potrebbe al più pretendersi, che o nulla fosse, o si potesse rescindere (*c*), non già, che potesse rivocarsi l' affitto fatto in un diverso istrumento del dì 3. del mese di Aprile dell' anno 1764, al quale non intervenne alcuno di que' tre Preti, e del qual solo oggi si tratta.

Dell' abuso poi della giuridizione, qual pruova è ne-

(a) *Can.* 3.

(b) *Nov.* 123. *cap.* 6.

(c) *L. non dubium* 5. *C. de leg.* Vinn. *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 1.

negli atti? Si è prodotta una copia di un memoriale diretto al Re da quarantaquattro naturali di Ginosa, i quali sin dall'anno 1766. diedero molte querele a'conduttori di quel feudo: ed un'altra copia di una Real carta ordinante alla R. Udienza di Lecce, che, verificate le cose contenute in quel memoriale, avesse fatta pronta, ed esatta giustizia.

Ma primamente, de'tanti torti, che in quel lungo memoriale si dicon fatti da'conduttori, non ce n'è uno, che dicasi fatto al tale, od al tale, che se ne dolga a tenore delle Leggi del Regno, le quali, abolendo le azioni pubbliche e popolari dal jus Romano introdotte, permettono di querelare solamente a coloro, che o nelle proprie persone, o nelle persone de' suoi han ricevuta l'ingiuria (*a*): secondamente, avendo la R. Udienza fatto ordinare a Pasquale Antotaro, il qual solo tra que' quarantaquattro, avea di suo carattere sottoscritto il memoriale, che le avesse dati i necessarj lumi dintorno all'esposto, costui rispose, che i ricorrenti eran poveri, e perciò volea, che le diete si pagassero dalla Università: nè la cosa andò oltre. Dunque, in pruova dell'abuso della giuridizione, si allegano le mere affertive de'querelanti, che si sono poi per un sì lungo silenzio, e per una cotanto inverisimile, e strana indolenza dati a conoscere per impostori.

47

Oltracciò, si è prodotto un documento, onde costa, che D. Donato di Luca, nominato da'conduttori Governador di Ginosa, era inquisito nella Corte locale di Stigliano, nella G. Corte della Vicaria, e nella Udienza di Matera.

(a) Rit. *quod nullus admittatur* 191. Rit. *item quod nullus laicus* 192. Rit. *item quod nullus clericus* 194, & Rit. 195.

Ma non si prova, che ne avessero avuta scienza i conduttori. Fatto sta, che gli Amministratori gli diedero il possesso, nè vi fu alcuno in tutto il tempo del governo, il qual sapendo, ch' era inquisito, fosse contra lui ricorso od a' conduttori, od a' Giudici competenti: nè poi vi fu chi nel tempo del sindicato gli avesse data querela: onde ottenne le lettere liberatoriali.

Finalmente si è prodotto un secondo memoriale, che contra i conduttori diedero al Marchese de los Balbases venti naturali di Ginosa, de' quali soli sette di proprio carattere il sottoscrivono.

E in questo ancora, come in quell' altro, parlano i ricorrenti dell' abuso della giuridizione senza venir mai a cosa particolare: nè delle tante cose, ch' e' dicono, ci ha documento negli atti. Ma buon pe' miei clienti, che di cotesto secondo memoriale anno essi scoverto l' autore: e'l memoriale istesso lo scopre. Premettono in esso i ricorrenti, che s' indusse il Marchese ad affittare il feudo di Ginosa, perchè tra' conduttori era il Palatrasio *con appoggiare a lui la gelosia della giuridizione affittata in generale, per non farsi di questa un abuso:* indi fingono di dolersi del Palatrasio, perchè avesse *contra la fiducia* del Marchese, e contra *la causa finale* dell' affitto *egualmente diviso* co' suoi *consocj l' esercizio della giuridizione:* finalmente esagerano le violenze del Sangiorgio, e dell' Amatulli, ed altamente commendano il Palatrasio. E chi è, che non vegga, esser cotesto memoriale un' opera dell' ingegno, e della mano del Palatrasio istesso, diretta ad indurre il Marchese de los Balbases a rivocare il contratto fatto con tutti e tre, ed a farne un nuovo con lui solo? Che se ci è chi chiaro nol vegga, ponga mente a quel, che n' è poi seguito, e'l vedrà chiaro.

Si lascia indurre il Marchese a rivocare l' affitto, e non

e non si vale di alcuno de' suoi Procuratori. Un Procuratore del tutto nuovo si costituisce in questo giudizio, ed è'l Dottor D. Pasquale Aprile: e tra' primi Avvocati del foro Napoletano si sceglie l' Avvocato D. Basilio Palmieri. Or vedi caso! Il primo era Procuratore, il secondo era Avvocato del Palatrasio. Si notificano le provvisioni del S. Consiglio ai tre conduttori, e dovean queste riuscir loro disgustosissime, come quelle, che gl' involgeano in una lite, e gli mettean nel rischio di uscir dell' affitto otto anni prima del convenuto, quandochè sulla giurata promessa lor fatta di mantenervigli per anni dodici, aveano anticipatamente pagati al Marchese. duc. 12000., e molte altre migliaja ne aveano spese nell' oliveto di *Girifalco;* ma (vedi stravaganza!) il Palatrasio, a differenza degli altri due, le riceve con piacere, non che con pace; e senza pensarvi un momento vi replica sotto così: *Il Dottor Giuseppantonio Palatrasio*, *oggi li* 28 *del mese di Gennajo* 1768., *notificato sul tenore delle provvisioni del S.R.C. spedite sotto il dì* 16. *di d. mese*, *ed anno*, *è disposto a rinunziare*, *come attualmente rinunzia*, *al controvertito contratto di affitto di questa terra*, *e feudo di Ginosa in beneficio dell' Ill. Marchese de los Balbases padrone*. E' generosamente rinunzia all' affitto senza nè men riservarsi le ragioni della rata del danaro anticipatamente pagato, e dell' altro speso nel suddetto oliveto, donde nasceagli per Legge il jus della *ritenzione*. Tanta virtù nel Palatrasio! Chi l' avrebbe creduto? E chi poi crederebbe, che tanto al Palatrasio non bastò? Soggiunge egli: *E con sua formale istanza si riserba a dirittura presso gli atti del S. C. rinunziare: & sic, & non aliter, nec alio modo*. E non era da dubitare di sua parola. Senza frapporvi indugio, fa suo special Procuratore il Dottor D. Liborio Celeste: e costui, come gli vien notificata la copia della *Suppli-*

ca

ca del Marchese, vi replica sotto così: *Il Procuratore di D. Giuseppantonio Palatrasio, come dagli atti, rinunzia formiter in benefizio dell' Ill. Marchese de los Balbases tutte e qualsivogliano ragioni, che gli potrebbero competere per ragion del contratto dell' affitto della terra, e feudo di Ginosa fatto da esso Sign. Marchese tanto al principale del replicante, quanto a D. Eleuterio Amatulli, e D. Nicola Maria Sangiorgio, per cui è il litigio intentato da esso Sign. Marchese per la rivoca di detto affitto. Il replicante non intende fare alcuna parte in giudizio, rinunciando, come sopra, ogni ragione in beneficio del suddetto Sign. Marchese: e così dice, replica &c.* Deposto sì generosamente il carattere di conduttore, prende il carattere di *agente* del Marchese, soscrivendo i mandati *per S. E. padrone*. Ma l' Amatulli, e 'l Sangiorgio, ben conoscendo le arti, onde il Palatrasio, di concerto col Marchese, si studiava di espellergli dall' affitto per restarvi poi solo, ricorrono finalmente al Sign. Consultor Commessario, dicendo dover cedere in lor benefizio, ad esclusione del Palatrasio, postochè quella rinunzia avea fatta, tutti i frutti del feudo: e per decreto del Sign. Consultor Commessario del dì 26. del mese di Gennajo di quest' anno, il Palatrasio si esclude. Potea cotesto decreto in qualche modo spiacere al Marchese per la figura, che gli si facea fare di rinunziatario del Palatrasio: al Palatrasio, se avesse voluto per quella rinunzia veramente torsi di mezzo, come si lusingava di poter dare ad intendere, non doveva importare. Ma non andò così la cosa. L' Avvocato del Marchese, e del Palatrasio, col costui figlio D. Nicola a' fianchi, ricorre due dì dopo al Sign. Consultor Commessario, e, dolendosi di essere stato il Palatrasio escluso dall' affitto, vel fa per un' altro decreto includere un' altra volta: indi presenta il Palatrasio le provvisioni nella Corte di Ginosa,

e le

e le fa notificare all'Amatulli, ed al Sangiorgio: ed eccolo un'altra volta conduttore. Dunque quando e' fece la rinunzia dell'affitto, alla società contratta con Amatulli, e Sangiorgio, non all'affitto intese di rinunziare. Dunque fece quella rinunzia per iscoraggiare i compagni, lusingandosi, che, abbandonati da lui, il qual faceva anche a tenore dell'istrumento dell'affitto la principal figura, non avrebbero osato di sostenere una lite contra 'l proprio Barone: ed un Barone poi della gran qualità del Marchese de los Balbases; e che così per un nuovo contratto sarebbe restato solo nell'affitto. Dunque, sotto il nome del Marchese de los Balbases, fa esso la lite, ed a sue spese: e di ciò fan pruova l'aver mandato di Ginosa in Napoli, per assistere alla lite, D. Nicola suo figlio; e l'aver costui nel mese di Febbrajo di quest'anno presi gli atti dallo Scrivano della causa, e fattagliene ricevuta, tuttochè uom del foro non fosse. Abbia presenti il S. Consiglio coteste fatti, e non dubiterà, che l'autore di quel memoriale, onde si vuol provare l'abuso fatto da' conduttori della giuridizione, fu 'l Palatrasio.

CAPO IV.

D. Giuseppantonio Palatrasio è decaduto dalla società dell'affitto, e dee rifare a' socj tutti i danni, e l'interesse.

SI è detto, che nel dì 26. del mese di Gennajo di quest'anno, il Signor Consultor Commessario, in vista della geminata rinunzia fatta dal Palatrasio, ordinò,

nò, che *tutti i frutti, gli emolumenti, e i proventi della giuridizione cedessero in beneficio de' due conduttori Amatulli, e Sangiorgio;* ma che poi con altro decreto del dì 28. ritenne il Palatrasio nella società dell'affitto. Di questo secondo decreto si sono l'Amatulli, e'l Sangiorgio richiamati al S. Consiglio: ed è ben da sperare, che 'l Sign. Consultor Commessario, usando di sua nota dottrina, e giustizia, prima che altri, il rivochi.

Della geminata rinunzia fatta dal Palatrasio dell' affitto di Ginosa, non è da dubitare. Se ne sono già nel precedente Capo trascritte le parole, cui sono da aggiugner queste altre del Palatrasio, che leggonsi nel mandato dato a D. Liborio Celeste: *Senza tenere serbato nè per me, nè per li miei eredi jus, nè azione alcuna*. Posto ciò, sciolta del tutto è per lui la società: *Distrabitur societas renunciatione*, scrive Ulpiano (*a*). *Quid si unus renunciet?* (sono parole di Paolo (*b*)) *Cassius scripsit, eum, qui renunciaverit societati, a se quidem liberare socios suos*. Dunque è oggi la società tra' soli Amatulli, e Sangiorgio, e sono essi soli i conduttori del feudo di Ginosa: tanto più, che l' affitto da tutti e tre si prese *in solidum;* onde come durando la società tra tutti e tre, ciascuno indipendentemente dall' altro era debitore dell' intero fitto, così, mancando uno di essi, è ben giusto, che a comodo degli altri due ceda ancora l' intero frutto.

48

Nè giova il dire, che la rinunzia del Palatrasio fu traslativa, cioè fatta a beneficio del Marchese, onde la rata al Palatrasio spettante deve oggi spettare al Marchese. Non giova, dico, poichè le rinunzie traslative, in virtù di cui succeda il rinunziatario nel luogo, e nel diritto

49

(a) *L. verum 63. §. 10. ff. pro socio.*
(b) *L. actione 65. §. 3. ff. eod.*

ritto del rinunziante, non si ammettono nella società, come quelle, che obbligherebbero i socj ad avere per socio uno, ch'e' non vogliono: *Qui admittitur socius* (così leggo appresso Ulpiano (a)) *ei tantum socius est, qui admisit, & recte, quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui. Quid ergo, si socius meus eum admisit? Ei soli socius est.* E se ciò è vero nel caso, che sia taluno ammesso da un vero socio, quanto più dev' esser vero nel caso, che si voglia ammettere da colui, il quale, rinunziando, lascia di esser socio? La società (questa n' è la ragione) è una specie di amicizia, anzi di *fratellanza*, come parla Ulpiano (b): e nè fratellanza, nè amicizia può esser mai tra due, de' quali uno non la voglia. L' Amatulli, e 'l Sangiorgio non vogliono per socio il Marchese de los Balbases, comecchè l' abbiano in somma riverenza: e per questa istessa somma riverenza nol vogliono, poichè, per quanto e' sia pieno di gentilezza, e di equità, non possono essi lusingarsi di averlo per amico, e molto meno per fratello. E ciò sarebbe vero, postochè volesse il Marchese, come rinunziarario del Palatrasio, esser socio nell' affitto. Ma 'l Marchese nol vuole. E come può volerlo, se vuole, che si abbia come già sciolta cotesta società, perchè vuole, che più non ci sia l' affitto? E' dunque da confermarsi il primo decreto del Sign. Consultor Commessario del dì 26. del mese di Gennajo. 50

Ma ciò non basta. Dee condannarsi ancora il Palatrasio al rifacimento di tutti i danni, e dell' interesse. E questo è 'l luogo da far sapere al S. Consiglio un positivo danno fatto dal Palatrasio alla società. D' ordina-

(a) *L. qui admittitur. 19. eod.*
(b) *In cit. L. 63. pr.*

rio coloro, che tolgono feudi a fitto, comprendono nell' affitto la giuridizione, od almeno il diritto di nominare i Governadori, obbligandosi i locatori di dar loro le patenti, come suol dirsi, *in bianco*. L' una, o l' altra cosa, che si faccia, molto conduce ad agevolare l'esazioni: e l'una, e l'altra sono cose, a cui, per comun giudizio, si dà prezzo. Nell' istrumento dell'affitto espressamente si convenne, che avessero i conduttori il diritto di nominare i Governadori, e dovesse dar loro il Marchese le patenti *in bianco*. Ma'l Marchese, sul principio della lite, di propria autorità gli spogliò di cotesto diritto col consiglio, e colla cooperazione del Palatrasio: ne fa pruova il fatto stesso. Venne Governadore in Ginosa D. Francesco Tuttabella eletto dal Marchese, e vi venne di nottetempo, ed a casa del Palatrasio. Colà si fecer venire gli Amministratori, ed eletto senza necessità, e contr'al sòlito un Cancelliere *assunto*, gli si fece dare il possesso: contr' al quale atto si protestarono ben due volte l' Amatulli, e'l Sangiorgio. Questo è un danno, che assi a rifare. Oltracciò, per le cose dette nel precedente Capo, è chiaro, che'l Palatrasio rinunziò per involgere l' Amatulli, e'l Sangiorgio nella presente dispendiosissima lite, ed espellergli, come meglio avesse
51 potuto, dall' affitto per restarvi poi solo. Ciò posto, al rifacimento de' danni, e di tutto quel, che importa, Paolo Giurisconsulto il condanna (a): *Si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideoque renunciaveris societati, ut solus emeres; te-*
52 *neberis quanti interest mea*. Anzi, se ancora senza un tal fine avesse il Palatrasio rinunziato alla società, pure, perchè vi ha rinunziato *intempestivamente*, cioè otto anni prima, obbligando l'Amatulli, e'l Sangiorgio a portare

(a) *In cit. L. 65. §. 4.*

tare essi due per otto altri anni il gravissimo peso del fitto, e delle altre spese, il quale, perchè si potesse più agevolmente portare, dal principio si volle diviso in tre, non men severo giudice di lui sarebbe lo stesso Paolo, che scrisse (a): *Ipso jure societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit.* E questo è poco. L'intempestiva rinunzia ancora fa, che, sebbene non sia socio ne' lucri, nondimeno si abbia per socio ne' danni: e lo scrisse ancora Paolo, escludendo il solo caso della necessità (b): *Qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renunciando, socium a se, non se a socio liberat. Itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert: at si dispendium, aeque praestabit portionem, nisi renunciatio ex necessitate quadam facta sit.* 53

Si è dimostrato, che possono i feudi darsi a fitto anche per lungo tempo senza l'assenso del Principe: che l'istrumento dell' affitto del feudo di Ginosa è munito del Regio assenso: che insussistenti sono i motivi della società contratta co' Preti, e dell'abuso della giuridizione; e che D. Giuseppantonio Palatrasio è decaduto dalla società dell'affitto, e dee risare a' socj tutti i danni, e l'interesse. Chi può ora dubitare della giustizia del S. Consiglio?

Di Casa nel dì 1. del mese di Luglio
dell'anno 1769.

(a) *L. sed & socius* 17. §. 2. *eod.*
(b) *In cit. L.* 65. §. 6.

II. Scrittura per D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Maria Sangiorgio contra 'l Marchese de los Balbases.

HA 'l S. Consiglio avuto per esecutivo il giudizio della rivocazion dell' affitto del feudo di Ginosa istituito dal Marchese de los Balbases contra D. Giuseppantonio Palatrasio, D. Eleuterio Amatulli, e D. Niccolò Maria Sangiorgio, in virtù della notissima Costituzion di Federigo, *Constitutionem Divae memoriae*, ordinando con decreto del dì 7. del mese di Luglio del passato anno 1769, che rilasciassero il feudo a benefizio di esso Marchese, *soluto tamen prius residuo ducatorum* 12000, che gli avean coloro nell' anno 1764, che fu 'l primo dell' affitto, anticipatamente pagati. Contra cotesto decreto si sono prodotti più capi di *Nullità* dall'Amatulli, e dal Sangiorgio, non già dal Palatrasio, che, violando le leggi della società, per restar solo nell' affitto, ha con varie arti indotto il Marchese alla detta rivocazione, e la sostiene oggi a sue spese, come si è per chiari argomenti dimostrato nella mia I. *Scrittura*. Si dolgono in esse l' Amatulli, e 'l Sangiorgio di quel, che dice nel suo decreto il S. Consiglio, e di quel, che non dice. Dice, che deve il Marchese pagar loro il residuo de' duc. 12000; ma nulla dice dell' interesse, che sarebbe ancora dovuto loro. Nel primo anno dell' affitto gli pagarono essi la considerabilissima somma di duc. 12000: e con grave loro sconcio gliela pagarono, perchè si era il Marchese obbligato di mantenergli nell' affitto per 12. anni; ed a meglio assecurargli di ciò, si era anche obbligato di far consentire all' affitto il Duca del Sesto suo primogenito. Se avesse preveduto, che ad istanza

di

di esso Marchese gli avrebbe il S. Consiglio espulsi dall' affitto in capo a 5. anni, non gliel' avrebbero nè pagata, nè promessa. Era dunque da condannarsi il Marchese a pagar quel residuo colle usure compensative del danno patito, e del lucro loro mancato, per non aver potuto in que' 5. anni far quel buon uso, che avrebber saputo fare di una sì considerabile somma: e queste usure, perchè posto è 'l feudo nella Provincia d' Otranto; e perchè professano essi la mercatura, esser doveano del 7. almeno per 100. Nulla dice delle migliorazioni fatte da loro nel feudo. Ascendono esse a molte, e molte migliaja di ducati: e ce n'era bastante pruova negli atti; e tuttochè non ne fosse ancora certa la quantità, come fatte da' possessori di buona fede, davan loro il jus della ritenzione (*a*). 54

Ma con molto maggior ragione si dolgono essi di quel, che dice nel suo decreto il S. Consiglio. Gli spoglia esecutivamente di un affitto fatto per pubblico istrumento; e dopo il pacifico non vizioso possesso di ben cinque anni. Del tutto ignoti alle Leggi Romane furono i giudizj esecutivi. Si debbon questi ai particolari Statuti delle nazioni. Appresso noi è regola di dritto, che si abbia nelle cause a dar termine (*b*); e certo e determinato è'l numero de' casi, che se n'eccettuano: nè tra essi è 'l giudizio della rivocazione in virtù della suddetta Costituzion di Federigo: anzi, dove si tratta di tor di mezzo un pubblico istrumento, e di torre altrui un possesso non precariamente, non per violenza, e non clandestinamente acquistato, porta l'antico costantissimo costume del foro, che si abbia a procedere con termine, e senten- 55

(a) *L. si in area* 33. *de condict. indeb.* & *L. Paulus* 29. §. 2. *de pign.* & *hipoth.*

(b) *Rit.* 69.

56 tenza. So, che tra' casi eccettuati pongono alcuni il caso, che si abbia nella causa non altro a fare, che decidere un punto di mero dritto: e così per più esempj di cose giudicate dal Sanfelice s'insegna (a); ma so nel 57 tempo istesso, che ciò si è inteso di que' dubbj legali, la cui risoluzione non molto difficile riuscisse, non delle più ardue questioni di Legge, le quali più lungo tempo, ed animo più riposato richieggono. I dubbj di cotesto genere si sono da' nostri Dottori considerati sempre come i dubbj di fatto (b): il perchè nella causa del Marchese di Lavello, che riduceasi tutta al solo dubbio legale, se lasciato a taluno un feudo si dovesse l'estimazione, si procedè, per testimonianza di Gianvincenzo d' Anna (c), con termine, e sentenza. Or non uno, o due, ma ben molti dubbj di Legge, ed alcuni di essi difficilissimi a risolvere, ed uno, del tutto dipendente da mero fatto, ha, nel nostro caso, esecutivamente risoluti il S. Consiglio.

I. Ha risoluto il dubbio, se la locazione di tempo lungo, cioè di 10. anni, sia vera alienazione, che trasferisca il dominio utile nel conduttore: e l' ha risoluto affermativamente, seguendo il maggior numero de' men dotti, nol minore de' più dotti interpetri delle Leggi; e preferendo una volgare opinione, nata da errore, alle chiare, ed espresse disposizioni del jus Romano, e feudale, che si sono nella mia I. *Scrittura* allegate. E quì non posso non maravigliarmi del mio venerato Contraddittore. Disse egli in Ruota, che gli era finalmente riuscito di trovare nelle Pandette un luogo, ove diceasi, che per la locazione di tempo lungo trasferivasi il jus *in re:* e dopo

(a) *Decis.* 17.

(b) *Capyc. Decis.* 10. *num.* 20.

(c) *Singular.* 470.

dopo di avere con molte parole apparecchiati gli ascoltatori a sentir cosa del tutto nuova, recitò le parole del testo di Ulpiano nella *L.* 1. *de superfic.*, e le parole di Cujacio su quel testo. Aveva io, un anno è già, queste, e quelle nella mia I. *Scrittura* trascritte, e chiaramente dimostrato, che Ulpiano, e Cujacio parlavano del *superficiario*, il quale non è da confondere col conduttore, come quegli, che per le particolari proprietà del contratto, del tutto diverso dalla locazione, acquista il jus *in re*, e l'utile azione *in rem:* il che del *superficiario* più volte è scritto ne'Libri del jus Romano (a), non mai del conduttore. Aveva ancor io dimostrato, che, a giudizio dello stesso Cujacio, la locazione di tempo lungo era semplice locazione, non atta a trasferire il jus *in re;* ma'l Contraddittore non se ne volle brigare nè molto, nè poco.

II. Ha risoluto il S. Consiglio un secondo dubbio, se nel caso, che'l locatore dica di non intendere di trasferire nel conduttore il jus *in re*, ciò basti, perchè la locazion di tempo lungo non sia alienazione: nè so, se'l non averne tenuto alcun conto sia nato dal credere, che ciò non si fosse espresso nell'istrumento, o dal credere, che, dandosi ancor per espresso, non lasciasse per sì fatta dichiarazione di essere alienazione: e pure nè della prima cosa ci poteano far dubitare le parole dell' istrumento, nè della seconda i Dottori. Ci è nell'istrumento una espressione, che può parer traslativa del jus *in re*, ed è questa: *Esso Ecc. Signor Marchese ha posti li suddetti D. Giuseppantonio Palatrasio, D. Niccolò Maria Sangiorgio, e D. Eleuterio Amatulli nel possesso, e QUASI DOMINIO di detta Terra:* ma che la parola, *quasi dominio*

(a) *L. in speciali* 72. §. 1., & *L.* 74. & 75. *de rei vind. L. tutor* 16. §. 2. *de pign. act.*

minio, cadutavi dalla penna dell' ignorante Notajo non sia da intendere nel senso legale, e che anzi al contrario altro non avesse il Marchese voluto trasferire ne' conduttori, che la sola percezione, e la semplice comodità de' frutti, si fa chiaro per più altre precedenti, e susseguenti espressioni, e per tutto il contesto della scrittura. Nel

59 proemio dell' istrumento (e si sa, che si contien ne' proemj la causa finale della disposizione (*a*)) dice il Marchese, che avea conosciuto *esserli più utile ed espediente procedere all' affitto generale delle sue rendite*. Parla di affitto di *rendite*, le quali non altro sono, che meri frutti: onde altro, che la semplice percezione, e la mera comodità de' frutti non intende di trasferire ne' conduttori. In un altro luogo comprende nell' affitto la giuridizion civile, criminale, e mista; e pare, a prima giunta, che trasferisca ne' conduttori il jus *in re*; ma ecco quel, che soggiunge: *E tutti suddetti proventi, rendite, ed entrate di essa, sieno, e passino in benefizio, e lucro di essi*: e per dare più chiaramente a conoscere, che a se riserbava il jus *in re*, dice, che avrebbe *di suo proprio pugno firmate le lettere patentali* (nella qual soscrizione consiste, per rispetto della giuridizione, il jus *in re*) e così sottoscritte le avrebbe date a' conduttori. In un altro luogo, ove il Notajo fa passare ne' conduttori il *dominio usufruttuario* della Terra di Ginosa, si soggiungon queste importanti parole: *A potere usufruttuarsi il corpo, e i corpi locati, salvo sempre il dominio, e la proprietà sopra di essi al suddetto Eccellentiss. Padrone, che in niun modo e maniera s' intenda pregiudicato, o leso, anche per qualunque assertiva pregiudiziale, o per assertiva non spiegata*. Il Marchese avea di Ginosa, come di un feudo, il solo dominio utile, e come di un corpo sogget-

(a) *Arg. L. ult. de ber. inst., ubi Bart.*

getto a strettissimo majorasco, del quale ci è pruova negli atti, ne avea, per disposizione del fondatore, il mero usufrutto. Or se'l *dominio, e la proprietà*, che a se riservava, altro per Legge feudale non era, che un dominio utile: ed altro non era per disposizion dell' uomo, che un usufrutto; è chiaro, ch' e' non intese di trasferire ne' conduttori quel dominio utile, che 'l volgo de' Dottori fa nascere dalla locazione di tempo lungo. E casochè l' avesse voluto, come avrebbe potuto farlo? Che colui, il quale ha 'l pieno, ed intero dominio di una cosa, ne ritenga il diretto, e ne trasferisca l' utile in altrui, s' intende: ma non s' intenderà mai, che colui, che ne ha 'l solo dominio utile, un altro utile dominio subalterno, alle Leggi, ed a' buoni interpetri ignoto, possa trasferirne in altrui: e molto meno s' intenderà, che 'l possa fare chi ne ha 'l solo usufrutto. Dunque le parole, *a potere usufruttuarsi il corpo, e i corpi locati*, sono necessariamente da intendersi della semplice percezione, e della mera comodità de' frutti, la quale, per qualunque lunghissimo tempo, non fa mai acquistare il jus *in re*. Finalmente, dopo quel luogo, in cui usa il Notajo la soprarrecata impropriissima espressione del *quasi dominio*, seguono immediatamente quest' altre parole: *A poterli usufruttuare durante il suddetto tempo di anni* 12, *e come affittatori USUFRUTTUARJ, e non PROPRIETARJ, servirsi de' corpi locati*. Per tutti gli anni 12. vuole il Marchese, che sieno affittatori *usufruttuarj;* cioè, che abbian per tutto quel tempo la sola percezione, e comodità de' frutti: non *proprietarj;* cioè, che non acquistino mai quel dominio utile, che 'l comune errore avrebbe lor fatto acquistare. Posta cotesta dichiarazione dell' animo del locatore, dee farsi luogo alla dottrina del Baldo, che, se oltre i dieci anni, e per qualunque più lungo tempo, la locazion si facesse, non si trasferirebbe mai nel con- 60.

duttore il jus *in re*. Così comunemente s'insegna, e tra' nostri, oltre Matteo degli Afflitti (*a*), s'insegna così da Anton Capece, e dal Reggente de Marinis. Scrive Anton Capece (*b*): *Locare potest feudum Vasallus ad novem annos sine assensu Domini, ad longum vero tempus non, nisi expresse caveretur, quod conductori non acquireretur jus in re*. Scrive il Reggente de Marinis (*c*): *Potest locari feudum ad centum annos, si tamen expresse convenitur, quod per talem locationem aliquod non acquiratur dominium nec utile, nec directum*. E questa dottrina de' nostri forensi nasce da quegli stessi principj, secondo cui il Cujacio, e 'l Fabro, nella mia I. *Scrittura* allegati, insegnarono, che non tempo lungo, ma 'l patto apposto alla locazione, che, pagandosi dal conduttore la pensione, nè 'l locatore, nè 'l suo successore potesse torgli il fondo, faceva al conduttore acquistare il jus *in re*. La forza de' contratti dipende tutta dalla volontà de' contraenti. Come dal conduttore si acquista per quel patto il jus *in re*, così non si acquista per lo contrario patto.

61 III. Ha risoluto il S. Consiglio un terzo dubbio, se la locazion di tempo lungo sia alienazione, anche quando incerta ne sia la durata, come incerta sarebbe nel nostro caso, perchè, soggiacendo, secondochè si è detto, il feudo di Ginosa a strettissimo majorasco, se fosse morto (viva pur cento anni) il Marchese de los Balbases nel primo anno dell'affitto, avrebbe questo nel primo anno avuto il suo fine. E l'ha il S. Consiglio risoluto contra i conduttori: e pure in lor favore parlano comunemente i Dottori. Ho io nella I. *Scrittura* trascrit-

(a) *In cap.* 1. *de probib. feudi alienat. per Frideric. num.* 61. *&c.*

(b) *Investir. feud. v.* feudorum locatio.

(c) *Resolut. lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 18.

scritto un bel luogo del dotto Giannandrea di Giorgio. Eccone ora un altro del dottissimo Camerario (a): *Data temporis incertitudine, nullum jus constituitur in re; dicamus namque, tunc eum non capere fructus jure proprio, quod habet in feudo, sed magis feudatarii vice illos habere.* La cosa è tanto sicura, che io oso di dire, non esserci Dottore, che altrimenti ne creda. In fatti, chi è de' nostri, che vieti il gravar, che si fa tutto giorno il feudatario successore sul valore del feudo, dandosi intanto altruì la tenuta del feudo istesso? Niuno. Chi è di essi, che per la suddetta tenuta, tuttochè sia per durare cento, e più anni, creda necessario il R. assenso? Niuno. Non è necessario nè meno nel caso, che comprenda l' esercizio della giuridizione (*b*). E qual differenza è posta tra 'l tenutario, e 'l conduttore? 62 Niuna. L' uno, e l'altro han la sola percezion de' frutti: anzi il conduttore paga il fitto, per mezzo del quale ritiene il locatore il possesso, e la percezion de' frutti (*c*), e'l tenutario nulla paga. Or la ragion, per cui la 63 tenuta di cento, e più anni non si ha per alienazione, è questa, perchè la durata di essa è incerta, e può dopo pochi giorni finire, se la somma al tenutario dovuta tra pochi giorni si paghi. Ecco come basta la sola incertezza della durata a non fare acquistare il jus *in re*. Ma conviene, che io torni al trascritto luogo del Camerario, donde sorge un altro argomento in mio pro. Dice il Camerario, che quel darsi a fitto il feudo a vita del feudatario, deve operare, che'l conduttore percepisca i frutti a nome del feudatario, non per proprio diritto. Egli è questo, oltre l' incertezza della durata, un

(a) *Ad L. Imperialem, de probib. feud. alien. p. m.* 128.
(b) *V. Fr. Rocc. de off. rubr.* 13. §. 9. *a num.* 75.
(c) *V. Fabr. de err. Pragm. dec.* 100. *er. a.*

un nuovo motivo da escludere, nel caso nostro, il jus *in re*. Posto il majorasco, la locazion fatta del feudo di Ginosa per 12. anni, è da aversi come fatta a vita del Marchese, e da questa dipendendo il jus de' conduttori, ne dee seguire, ch' e' ne percepiscono i frutti a nome di esso Marchese, non per alcun proprio diritto, che abbiano acquistato sul feudo. A confermazione di ciò, si noti, che avendo l' Imp. Giustiniano (*a*) compresa sotto il nome di *alienazione* anche la *dazion dell' usufrutto*, questo luogo è stato da tutti gl' interpetri inteso dell' usufrutto, che si concede a vita del concessionario, non dell' usufrutto, che si concede a vita del concedente, perchè quando la durata dell' usufrutto dalla vita, e dal jus del concedente dipende, il fruttuario non ha proprio diritto sul fondo, ma la semplice comodità de' frutti consistente nel mero fatto. Vaglia per tutti il solo Perezio, che, parlando del divieto di alienare fatto dalla Legge, o dall' uomo, scrive (*b*): *Alienationis nomine venit etiam in usumfructum concessio, si ad vitam ejus, cui conceditur, constituatur; nam si concedatur ad vitam usque concedentis, magis adsimilatur commoditati percipiendi fructus, ideoque non cadit sub prohibitione.*

IV. Ha risoluto il S. Consiglio un quarto dubbio, se nulla essendo la locazione di tempo lungo, sia nulla del tutto, o nel solo eccesso del tempo: e l' ha esecutivamente avuta per nulla, del tutto seguendo l' opinion del Bartolo contra la sentenza del Baldo, che, per testimonianza del Mantica (*c*), *majorem habet aequitatem, & magis communiter recepta est*; e che molto meglio è fon-

(a) *L. ult. C. de reb. alien. non alien.*

(b) *In d. tit. Cod. num.* 5.

(c) *De tacit. & ambigu. convent. lib.* 5. *tit.* 5. *num.* 32. v. nam supponendo.

fondata nelle regole del dritto. E' regola certa ed indubitata di Legge, che l' utile non si vizia per l'inutile (*a*): e questa ad una sola eccezione soggiace, se si tratti di cose individue, le quali non possano separarsi. Se si dona sopra la legittima quantità senza la solennità della insinuazione, dice l'Imp. Giustiniano (*b*), *quod superfluum est, tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quae intra Legis terminos constituta est, in suo robore perdurare*. E perchè? Perchè si può separare somma da somma. Se hai diritto di condurre alla mia acqua un certo numero di pecore, e ve ne conduci un numero maggiore, non posso io pretendere, che nè men tante vi bevano, quante ve ne potrebbero bere, quasi *junctum pecus ei pecori, cui adpulsus debetur, totum corrumpat pecoris adpulsum*, come Trebazio opinava; ma posso solamente pretendere, che non vi bevano quelle, che sono sopra'l numero. E perchè? *Quia pecora separari possunt*, come dice appresso Ulpiano il giureconsulto Marcello (*c*). Poichè dunque la locazione del feudo di Ginosa erasi fatta per anni 12, e gli anni *separari possunt*, dato ancora, che la locazion di tempo lungo fosse alienazione, avrebbe almen dovuto il S. Consiglio ridurla ad anni 9: tanto più, che non erasi stabilita una sola pensione per tutti gli anni 12, ma tante, quanti erano gli anni: nel qual caso, a giudizio del Tiraquello (*d*), e del Mantica (*e*), la locazione, senz' alcun dubbio, è divídua, e come le annue prestazioni, così gli anni si pos-

66

67

68

69

(a) *Cap.* utile *de reg. jur. in 6. L. 34. C. de donat. L. 1. §.* Trebatius 18. *ff. de aqua quot.*

(b) *In cit. L. 34.*

(c) *In cit. L. 1. §. 18.*

(d) *De retract. lign. §. 23. gloss. 1. num. 12.*

(e) *Lib. 5. tit. 4. num. 24. & cit. tit. 5. num. 31. v.* addo.

possono separare. Or se sulla questione, se lasciato a taluno un legato si debba l' estimazione, perchè si ebbe per un articolo molto dubbio di Legge, dice Gianvincenzo d' Anna, che si diè termine, molto più conveniva, che si desse sopra cotesto quarto dubbio, che nella presente infelicissima causa esecutivamente si è risoluto. Non ci è forse question legale, che più ardua sia paruta agl' interpetri. La tratta più diffusamente, che altri, il Mantica, che n' empì dodici intere *colonne* della sua Opera *De tacitis*, & *ambiguis conventionibus* (a); e dopo tante fatighe, in gravi dubbj ci lascia. Dice in un luogo (b): *Doctores in hac quaestione inter se MAXIME DISSENTIUNT:* indi soggiunge due opinioni, l'una all'altra opposta, ed altre cinque, che più casi distinguono. Dice in un altro (c): *Ex his ergo apparet, hunc articulum esse VALDE AMBIGUUM, ET DIFFICILLIMUM.* Dice in un terzo luogo (d): *In hac TAM DIFFICILI quaestione, ut saepissime fieri solet: ad conjecturas recurrendum est.*

70 V. Ha risoluto il S.Consiglio un quinto dubbio, il qual supponeva un fatto certo ed indubitato; e l'ha risoluto contr'a' conduttori, contra l' espressa Legge, e non costando del fatto. L' istrumento dell' affitto fu munito del Regio assenso nel dì 26. del mese di Gennajo dell'anno 1768: l'istrumento della rivocazione erasi fatto dal Marchese nel dì 5. del suddetto mese; ma fu la rivocazione notificata a' conduttori dopo impetrato l'assenso, cioè al Palatrasio, ed al Sangiorgio nel dì 28. del d. mese, ed all' Amatulli nel dì 4. del mese di Febbrajo. Or in vir-

(a) *Lib.* 5. *tit.* 5.
(b) *Num.* 1.
(c) *Num.* 27.
(d) *Num.* 32. *v.* unde.

virtù di una nostra *Prammatica* (a), prima della notificazione non potea valere la rivocazion dell'affitto, tuttochè fatta più giorni prima; onde perchè già si era da'conduttori impetrato l'assenso, primachè fosse loro notificata, aver doveasi come non fatta. Rispondeva il Contraddittore, che prima d'impetrare l'assenso aveano i conduttori privata scienza della rivocazione già fatta, e che ben potea cotesta privata scienza supplire il difetto della notificazione: e valeasi di una Decisione fatta dall'abolito Collateral Consiglio ne'tempi del Sanfelice (b). Or il S. Consiglio ha risoluto in favor del Marchese il dubbio, se per la privata scienza possa supplirsi il difetto della notificazione: l'ha risoluto contra la chiara, ed espressa disposizione della detta *Prammatica*, e l'ha risoluto esecutivamente, supponendo un fatto, che non si era provato, e si aveva a provar nel termine, cioè la privata scienza della rivocazione. Sto io ora a vedere chi, leggendo questo, che scrivo, osi di negare i fati delle cause. 71

Ma com'è possibile (dirà taluno) che 'l S. Consiglio senza una qualche convenevol pruova di cotesta privata scienza, la quale consiste tutta nel mero fatto, abbia così deciso?

Io nol crederei, se altri mel dicesse: e perchè altri mel creda, ecco gli fo io sapere quel, ch'era negli atti, quando il decreto si fece, e quel, che ci è oggi di più dintorno a questo punto. Le pruove, ch'erano negli atti della privata scienza de'conduttori, erano non altro, che alcune congetture tratte dall'aver coloro dopo l'istrumento della rivocazione fatti due ricorsi, l'uno a S.M. nella sua Real Camera di S. Chiara, l'altro alla R. Do-

(a) *Pr.* 10. §. 70. *de off. jud.*
(b) *Decis.* 105. *num.* 18.

R. Dogana di Foggia: e le congetture eran queste. Dal dì 3. del mese di Aprile dell' anno 1764, nel qual dì si fece l'istrumento dell'affitto, fino a tutto l'anno 1767. non aveano pensato mai i conduttori di chiedere sull' affitto il R. assenso. D. Eleuterio Amatulli vi pensò primamente nel mese di Gennajo dell' anno 1768, in quel mese appunto, nel quale il Marchese l' avea rivocato. Dunque il chiese per la scienza, che aveva avuta della rivocazione, che se n'era già fatta. Oltracciò nello stesso mese, dopo la rivocazione, anzi dopo commessa nel S. Consiglio la causa, ricorse l' Amatulli a suo nome, ed a nome del Sangiorgio alla R. Dogana di Foggia, e, sponendo la rivocazion fatta dell'affitto, implorò contr' al Marchese l'autorità di quel Tribunale: e nel dì 28. di quel mese, nel qual dì, trovandosi in Ginosa il Sangiorgio, gli fu quella notificata, fecesi in essa R. Dogana decreto, che si notificasse l' istanza alla parte avversa, la quale tra sei giorni costituisse il procuratore.

Se vero fosse quel, che francamente disse in Ruota il Contraddittore, che avea l'Amatulli nel ricorso fatto alla R. Dogana espressamente parlato della rivocazion dell' affitto, sarebbe questa una pruova concludente di averne essi avuta una qualche notizia, ma non sarebbe pruova concludente di scienza certa. Poteva essersene sparsa una voce, e questa esser giunta loro all' orecchio. Ma così non si acquista la vera scienza. Non fa l' Amatulli alcun motto di rivocazion già fatta dell' affitto: dice solamente, che 'l Palatrasio, la cui ambizione non era nè sazia, nè stanca, meditava con falsi rapporti di fare inquietar lui, e 'l Sangiorgio dal Marchese. Temea dunque di una vicina lite: e forte motivo avea di temerne. Avea l'ambizioso Palatrasio preteso di poter solo *transigere*, *aggraziare*, *proventare*, e *dar tutte le interine provvidenze*, senzachè gli potessero contrad-

traddire l'Amatulli, e'l Sangiorgio. Al contrario, pretendeano costoro, che pari fosse la condizione di tutti e tre. Dipendea la risoluzion del dubbio dalla interpetrazione di un luogo dell'istrumento dell' affitto. Erano l' Amatulli, e'l Sangiorgio tanto sicuri della ragion loro, e della troppo nota dottrina, ed onestà del mio Contraddittore, che, quantunque suo cliente fosse il Palatrasio, ben volentieri consentirono, che al di lui arbitramento si rimettesse l'affare. Interpetrò egli il luogo dell' istrumento a favore del Palatrasio, e nel dì 22. del mese di Decembre dell'anno 1767. diè fuori il suo parere in iscritto. L'Amatulli, e 'l Sangiorgio se ne richiamarono alla G. Corte, ed eccogli rei di un atroce delitto, che si aveva a punire con fargli espellere dall'affitto. Così richiedea la disgustata ambizion del Palatrasio, e richiedeva ancora così l' offesa autorità del Marchese, che all'istrumento, in cui si era eletto quell' arbitro, avea fatto intervenire il Baron Mortillaro suo Vicario generale. Le minacce, che pubblicamente se ne faceano, e'l grandissimo credito, che aveva il Palatrasio acquistato appresso il Marchese (e nell'istrumento dell' affitto ce ne sono chiarissime pruove) fecero entrar loro nell' animo un giusto timore di una vicina molestissima lite: ma non sapendo, se per pretesa deteriorazion di corpi, se per supposto abuso di giuridizione, se per difetto di R. assenso, o se per altro motivo avessero a molestargli il Palatrasio, e 'l Marchese; anzi nè men sapendo, se le voci sparse per atterrirgli avessero a recarsi un giorno ad effetto, sull' entrare dell' anno 1768., fecero buon senno a prevenire il nimico con far munire del Reale assenso l' istrumento dell' affitto, ed a ricorrer poi alla R. Dogana di Foggia, ch' è sovente l'asilo de' deboli contra i potenti. L'esser dunque ricorsi prima al Re nella Real Camera di S. Chiara, e poi alla R.

Dogana di Foggia, non è pruova di certa scienza della già fatta rivocazion dell' affitto, ma di un giusto timore di una verisimile lite, la quale come da rivocazion di affitto, così potea nascere altronde. Ma riguardin pure coteste pruove la scienza della sola rivocazion dell' affitto: quali pruove sono esse? Meramente, *congetturali*, e *presuntive*. E sulle presunzioni, e sulle congetture, come si potea giudicare esecutivamente? Le congetture, e le presunzioni riguardanti un fatto, qual' è la scienza, tuttochè gravi ed urgenti, non posson mai tanto valere, ch' escludano del tutto il dubbio: e dove ci sia picciol dubbio di fatto, assi a procedere con termine, e sentenza. E poi provata per congetture e per presunzioni la scienza, sarà scienza *presuntiva*, non *vera*: ed è massima

72 indubitata appresso i Dottori [e testimonianza ne rende in più luoghi delle Opere sue il dotto Cardinal de Luca] che nelle cose di grave pregiudizio, qual sarebbe l' espulsion de' miei clienti dall' affitto, la scienza *presuntiva* non basta. In uno di que' luoghi chiama il de Luca (*a*) *receptam*, *ac frequentem propositionem*, che *in graviter praejudicialibus non sufficit scientia praesumta*, *vel conjecturalis*, *sed debet esse expressa*, *&* *concludenter probata per actus univocos*, *ac bene concludentes*, *non autem vagos*, *&* *aequivocos*. Quello stesso Collateral Consiglio, che, in vece della notificazione, si contentò della scienza privata, volle di questa pruove piene e concludenti. *CONSTAT*, dice il Sanfelice, *de revocatione notitiam habuisse*.

Conoscendo l' accorto Contraddittore, che con pruove meramente presuntive non gli sarebbe riuscito di difendere il decreto del S. Consiglio, vi ha ultimamente aggiunte altre pruove: e sono le seguenti. Antonio, e Lui-

(a) *De credit. disc.* 75. *num.* 3.

Luigi Scarfani, l'uno Maggiordomo, l'altro Paggio del Marchefe de los Balbafes (bella coppia di teftimonj!) fan *fede*, che verfo la metà del mefe di Gennajo dell'anno 1768. raccomandandofi al Marchefe il Cantore Zicaro focio dell'affitto, e D. Eleuterio Amatulli, perchè non aveffe tolto loro il feudo di Ginofa, rifpofe loro il Marchefe, che avea già rivocato l'affitto per pubblico iftrumento. Oltracciò Raimondo Gallo, e Pafquale Ranieri, fan *fede*, che avendo circa lo fteffo tempo coabitato nella locanda detta *di Caravita* a Fontana Medina co' fuddetti Zicaro, ed Amatulli, coftoro fi doleano della rivocazion fatta dal Marchefe dell'affitto di Ginofa, e della lite, che intendea di far loro per lo difetto del R. affenfo. Una fimigliante *fede* fa 'l Prete fecolare di Ginofa D. Domenico Libertino. E perchè non poffa dubitarfi dell'avere que' quattro coabitato in quella locanda, fe ne produce *fede* della Locandiera Goftanza Ligati.

E cotefte *fedi*, che vagliono? Del Maggiordomo, e del Paggio del Marchefe, chi è che dopo cento *fedi*, e cento giuramenti poffa tenere alcun conto? E pure molto men conto è da tenere della *fede* di quella buona limofina di D. Domenico Libertino. Ne fcrivono la vita in un loro atteftato gli Amminiftratori della Univerfità di Ginofa. Ci è poi *fede* di Pafquale Ranieri, che dice di non effer mai ftato nella detta locanda, e di non aver mai conofciuto nè Zicari, nè Amatulli, nè Gallo. Ci è altra *fede* della locandiera Ligati, che dice, non aver mai fatta la *fede* prodotta a fuo nome, tuttochè ne foffe ftata più volte richiefta, anche perchè non avea conofciuto mai alcun di que' quattro. Ma non ci fia che opporre alle *fedi*, che ha nuovamente prodotte il Marchefe. Da *fedi* private, che può egli altro fperare, che un termine ordinario?

Ma perchè mi fono io ftudiato cotanto di efcluder 73

la pruova di cotesta privata scienza, quandochè della privata scienza, tuttochè pienamente provata, vuole la sopraccitata *Prammatica*, che non si abbia a tenere alcun conto? Le parole sono: *Vogliamo, che le rivocazioni de' contratti feudali si debbano LEGITTIMAMENTE NOTIFICARE alle parti, e non abbiano forza, nè valore alcuno, se non dal dì di detta notificazione.* Val tanto quel *notificare alla parte*, quanto darle la notizia in iscritto. Così l'Altimari (a): *Revocatio debet fieri in scriptis, & parti notificari.* Dimostri il Marchese, se può, che prima della impetrazion dell'assenso la notizia della rivocazion dell'affitto si era data a' conduttori in iscritto. Nè basta, che la notizia in iscritto si dia. E' ancora da darsi giudizialmente. Avrebbe potuto il Marchese a se chiamare i conduttori, e dar loro a leggere l'istrumento della rivocazion dell'affitto. Ne avrebbe data loro la notizia in iscritto, e pur non avrebbe osservata la solennità della *Prammatica*, nè da quel dì sarebbe la rivocazione valuta, perchè non ne avrebbe in quel dì data loro giudizialmente la notizia. Questo è 'l proprio significato delle voci *notificare*, ed *intimare*. In fatti, perchè di queste voci si vale la Legge, quando
74 paria de' decreti, perciò la privata scienza di essi non si attende nè poco, nè punto: *Quando Statutum intimationem decernit*, sono parole del Costa (b); *non sufficit scientia etiam plena, & nitida aliunde conquisita ob peccatum in forma.* E pure della voce *notificare* non fu contenta la nostra *Prammatica*. Le aggiunse ancora l'avverbio *legittimamente*, ch' esclude del tutto la scienza privata, tuttochè certa. La scienza *legittima*, che ancora scienza *canonica* volgarmente vien detta, è quella, che si

(a) *Obs. ad Rovit. cons. 69. num. 2. tom. 2.*
(b) *De facti scient. inspect. 63. num. 13.*

si acquista giudizialmente, e per mezzo di un subalterno del Tribunale, cui, precedente ordine del Giudice, si dà la scrittura, perchè la notifichi alla parte. Giova (e torna ad onore del foro Napoletano) che io quì trascriva un bel luogo delle *Istituzioni feudali* del nostro dottissimo Consiglier di Gennaro (a): *Debet haec revocatio in scriptis fieri, actus enim sollemnis est, & publico instrumento celebrato impleri fas est. Insuper JUDICIALI FORMA reus conventus de tali actu certior fieri debet: atque id adeo necessarium est, ut si desit, ut vulgo dicitur, formalis notificatio, nullius roboris sit revocatio, quamvis sollemniter peracta, ut ex Pr.* 10. §. 75. *de off. judic., & interim emtor feudi legitime & petere, & assensum potest obtinere.* Della contraria Decisione del Sanfelice 76 non si è tenuto mai conto, tra perchè 'l punto della rivocazione fu in essa incidentemente trattato, ed altri ne furono i motivi principali, che appresso lo stesso Sanfelice si posson leggere, tra ancora perchè le osta espressamente la lettera della *Prammatica*. Ecco quel, che ne' tempi a noi vicini ne ha scritto il Maradei (b): *Dubium contingere potest, num dicta notificatio requisita per Pragm. suppleatur per notitiam, seu scientiam aliunde habitam. Affirmat Reg. Sanfelic. decis.* 105. *num.* 18, *maxime si habeatur plena scientia cum omnibus qualitatibus. At decisio Reg. Sanfelicii non transit sine controversia, tamquam fundata in doctrina Bartol. in L. denunciasse, quae loquitur in terminis simplicis denunciationis requisitae a Lege; sed nos sumus in terminis Statuti requirentis LEGITIMAM NOTIFICATIONEM, & proinde non sufficit scientia, sed requiritur intimatio per publicam scripturam.* A ciò si vuole aggiungere, che potendo il feuda-

(a) *Differt.* 10. §. 10.
(b) *Obs.* 56. *num.* 17. & 18.

datario non far uſo della rivocazione già fatta, allora il poſſeſſor del feudo acquiſta la vera ſcienza della voluta rivocazion del contratto, quando queſta gli è legittimamente notificata. Ne fa pruova un fatto dello ſteſſo Marcheſe de los Balbaſes. Rivocò egli nel dì 5. del meſe di Gennajo dell'anno 1768. l'affitto del feudo di Ginoſa, e nel dì 27. dello ſteſſo meſe, ed anno rivocò ancora cón pubblico iſtrumento per mano dello ſteſſo Notajo Domenico Empoli l'affitto del Seſto fatto ancora per anni 12. a beneficio di D. Paſquale Federici: contuttociò di queſta ſeconda rivocazione non ha fatto uſo ſino al preſente dì.

Della validità dell'aſſenſo, onde fu munito nel dì 26. del meſe di Gennajo l'affitto di Ginoſa, e della inſuſſiſtenza delle preteſe oppreſſioni de' vaſſalli, ſi è parlato ne' Capi II. e III. della I. *Scrittura*: nè mi reſta coſa da aggiungere.

Di Caſa nel dì 13. del meſe di Settembre dell'anno 1770.

Per lo Duca di Novoli D. Franceſco Carignani contr'al Principe di Squinzano D. Niccolò Filamarino, e i coſtui creditori.

A R G O M E N T O.

I. Se la *L.* 2. *Cod. de reſcindenda venditione* ſi eſtenda ancora al contratto di locazione, e conduzione.

II. Se, e quando, nella locazione, e conduzione pretender

der si possa remission di mercede, in caso di sterilità: o, per l'opposto, accrescimento di pensione, in caso di fertilità.

III. Della natura, e degli effetti dell'Anticresi, che volgarmente chiamasi *contratto a godere*.

SOMMARIO.

1 *La condizion de' contraenti deve essere uguale:* Ved. il num. 13.

2 *Per quali misure di danni, e di utilità si possono i contraenti convenire a vicenda.*

3 *Se la* L. 2. Cod. de rescindenda venditione *si estenda ancora alla locazione, e conduzione.*

4 *Per rescindersi il contratto come lesivo, devesi attendere il tempo in cui si fece.*

5 *Il successore non può contraddire alla confessione del suo autore.*

6 *Siccome il pericolo, o'l comodo, riguardante la proprietà, è del padrone; così il comodo, o'l pericolo, riguardante i frutti, è del conduttore.*

7 *Se, e quando, nella locazione, e conduzione pretender si possa remission di mercede in caso di sterilità: o, per l'opposto, accrescimento di pensione, in caso di fertilità:* Ved. i num. seg.

10 *Il giusto prezzo delle cose provasi colla estimazion rimessa al giudizio de' periti, e non già colla subastazione:* Ved. i num. seg.

11 *Nel Foro vale il contratto, quando il prezzo siasi rimesso all'arbitrio di persone incerte, quali sono gli* esperti comunemente eligendi.

13 *Ne' contratti devesi osservare l'uguaglianza: Vuolsi però distinguere la giustizia naturale dalla civile; permettendo talor la civile la disuguaglianza:* Ved. i num. seg.

16 *Alla giustizia civile ceder dee la naturale:* Ved. i num. seg.
17 *Cosa mai riguardi l'equità naturale.*
18 *Cosa mai riguardi l'equità civile.*
19 *L'anticresi è permessa dal jus Civile, e dal jus del Regno: e, poste alcune circostanze, non è vietata dal jus Canonico. E della natura di questo contratto.*
20 *La restituzione* in integrum *fu negata ad un debitore, tuttochè costui per un picciol debito avesse dato al creditore* in antichresin *un fondo di un gran valore.*
21 *Il patto di ricomprare è permesso da tutte le Leggi.*
22 *Le condizioni consistenti nel dare, sono arbitrarie.*
23 *Ne' Tribunali, spezialmente de' laici, si giudica secondo l'equità Civile.*
24 *Se 'l contratto anticretico fatto coll'espresso patto, che possa ciascun de' contraenti, quandochè voglia, restituire il danaro, o 'l fondo, sia lecito secondo la Moral Cristiana:* Ved. i num. seg.
25 *Il contratto anticretico è divenuto frequentissimo in alquanti luoghi d'Italia, e quasi in tutte le Spagne.*
27 *Per dritto di natura, niuno deve far lucro con ingiuria, e detrimento d'altrui. Come assi ad intender questa regola:* Ved. i num. seg.
28 *Niuno fa danno ad altrui, se non che colui, che fa quello, che non ha dritto di fare.*
29 *Chi fa quel, che per Legge, o per autorità di Magistrato, o per patto gli vien permesso, fa quel, che ha dritto di fare.*
30 *In qual caso è lecito al locatore di dare al conduttore una casa per un'altra, quandochè sia egualmente comoda quel[illegible] che gli offre.*
31 *Nelle deduzioni de' patrimonj si risolvono gli affitti fatti dai debitori, e si ordinano i nuovi a nome del Magistrato.*

32 *Le*

32 *Le Leggi soccorrono ai non negligenti, ed a coloro che per necessità sono impediti:* Ved. i num. seg.

33 *Il creditore, che, potendo esigere, non ha esatto il suo credito, dee portar la pena della sua negligenza.*

34 *La negligenza del creditore, quando e' voglia riscuoter da un terzo quel, che dal principal debitore riscuoter poteva, è tanto al dolo vicina, che assi per dolo.*

ALLEGAZIONE VI.

NEll' anno 1744. il Regio Consiglier Caporuota D. Antonio Maggiocca di onorata ricordanza, soprantendendo alla casa del Principe di Squinzano D. Gabriello Enriquez, fece *emanare i bandi* nella Città di Lecce per l' affitto de' feudi di Salice, e di Squinzano. Nel dì 27. del mese di Agosto dello stesso anno, il Dottor D. Andrea Romolo, presentò offerta di annui duc. 3300. per l'affitto del feudo di Salice, da durare per anni sei. Fu cotesta offerta accettata, e nuovamente si *emanarono i bandi* in Napoli, e ne' feudi di Salice, di Campi, e di Squinzano per accensione della candela, al qual atto fu destinato il dì 29. del mese di Settembre. Ma nè pe' *bandi emanati*, ne per altre diligenze, che si usarono, vi fu, chi avesse migliorata l' offerta del Romolo: ed intanto i creditori del Principe facevano istanza, che si pagasser loro le terze di più anni ascendenti a considerevoli somme. Deluse così le speranze del Principe di Squinzano, il Sig. Consigliere soprantendente pensò, che altro mezzo non vi era da sottrarlo in parte al gravossimo peso delle terze, che trovar persona, che prendesse a fitto il feudo di Salice secondo l' offerta del Romolo, e desse ad un tempo la somma di duc. 29000. da pagarsi a' creditori, che maggiore interesse esigevano: e fattesi diverse pratiche, si trovò in fine chi pienamen-

te soddisfece a' desiderj del Signor Consigliere soprantendente: e fu D. Carmine Vettozzi rappresentante il Duca di Novoli D. Francesco Carignani. Seguentemente nel dì 28. del mese di Marzo dell' anno 1745. col Vettozzi si stipulò istrumento, nel quale, asserite tutte le soprammentovate cose, convennesi, che al Vettozzi si desse a fitto il feudo di Salice per anni sei, *ed oltre*, e non già pe' soli annui 3300., ch' erano stati offerti dal Romolo, ma per altri annui 73., e che dal Vettozzi prontamente si dessero duc. 29000. alla bassa ragione del 4. 2. 10. per 100., con patto espresso, che pe' suddetti anni sei, *ed oltre*, si ritenesse il Vettozzi dagli annui 3373. le terze, che decorressero fino a che non si restituisse il capitale dal Principe di Squinzano.

Ma 'l Sign. Consigliere soprantendente, avvisando, che di altri mille ducati era uopo per isgravare la casa del Principe, indusse il Vettozzi a dare l' intera somma di duc. 30000: e se ne stipulò nel dì 21. del mese di Maggio un secondo istrumento, nel quale si confermò quanto conteneasi nel primo; ed oltre a ciò si espressero alcuni patti; che sebbene, a prima giunta, possano parer nuovi, pur nondimeno nuovi non sono; poichè nel primo istrumento se n' era detto tanto, che bastava a mostrare, ch' erano stati nella mente de' contraenti. Quivi chiaramente si espresse, che non esercitandosi dal Principe di Squinzano nel primo, o nel secondo sessennio, nè in qualunque altro tempo avvenire, il patto della ricompra degli annui ducati 1350. dovuti al Vettozzi per lo capitale de' duc. 30000., potesse il conduttore continuare a suo arbitrio l' affitto, ritenendosi, secondochè si era convenuto nel primo istrumento, gli annui 1350. dagli annui 3373., e che dopo due sessennj, quandochè non volesse il Vettozzi continuare l' affitto dell' intero feudo di Salice, potesse continuarlo in parte, cioè, rite-

tenendone o i soli feudali, o i soli burgensatici: nel qual caso convennesi, che l'annua pensione stabilir si dovesse a giudizio di due esperti della Provincia di Lecce, che si sarebbero dalle parti eletti in qual tempo. Furono cotesti due istrumenti muniti di Regio assenso, e'l Vettozzi diè la convenuta somma di duc. 30000., a cui si aggiunsero poi, per richiesta fattane dal Sig. Commessario soprantendente, altri 2000., pe' quali si stipulò nel dì 28. del mese di Decembre dell' anno 1746. un terzo istrumento. Cotesti fatti si mostreran veri, ciascuno a suo luogo.

Credeva il Duca di Novoli, che bastassero a fargli posseder con pace il feudo di Salice tre giurati istrumenti, a cui gran peso aggiungevasi per l'autorità, e presenza del ragguardevolissimo Signor Consigliere soprantendente D. Antonio Maggiocca. Ma ecco, che contr' a ciò, che'l Duca credeva, l'odierno Pr. di Squinzano D. Niccolò Filamarino, erede del Pr. D. Gabriello, il chiama in giudizio, lusingandosi di potergli torre il feudo di mano, senzachè sia esso tenuto di restituirgli i duc. 32000.: e, temendo di non bastar solo a vincerlo, invita a seco unirsi, contr' al Duca, i creditori della Casa di Squinzano: e dopo le diligenze di più mesi, ne induce a ciò fare soli quattro, che men doveano lasciarvisi indurre. Crede, per contrario, il Duca di Novoli, per cui scrivo, che, quando dal Pr. di Squinzano esercitar non si voglia il patto della ricompra, azion non compete nè ad esso Principe, nè a' di lui creditori per torgli il feudo di mano. E questa è la causa, che dee decidere il S. Consiglio.

C A P O I.

Al Principe di Squinzano non compete azione contr' al Duca di Novoli.

IN un'istanza fatta a nome del Principe di Squinzano D. Niccolò Filamarino, si legge, *esser la rendita del feudo di Salice assai maggiore degli annui* 3300., e seguentemente non doversi continuare l'affitto *per sì tenue estaglio*. Ed ecco l'azione istituita dal Principe di Squinzano. Ma le trascritte parole non ispiegano con chiarezza la mente dell'attore, potendo contener due azioni: l'una nascente dalla notissima *Legge* 2. *C. de resc. vend.*, per cui rescindesi il contratto come lesivo: l'altra procedente, a giudizio di molti Dottori, da certi altri luoghi del jus Civile, ove si vuol, che si dica; doversi accrescere la pensione, quandochè troppo cresca la rendita. Oltre a ciò, leggesi in una supplica del suddetto Principe, che i patti, onde vuole il Duca di Novoli continuare l'affitto, *non posson sussister per legge*. Ecco una terza azione nascente dalla iniquità de' patti. Oltre coteste tre azioni, che si trovano istituite negli atti, due altre se ne promossero à voce quel dì, che della causa si ragionò nella Ruota, l'una tratta da quell'istesso istrumento, con cui si difende il Duca di Novoli: l'altra da alquante regole di naturale, e civile equità. Di tutte e cinque coteste azioni scriverò partitamente.

§. I.

§. I.

Non compete al Principe di Squinzano il rimedio della L. 2. Cod. de resc. vend.

NOn ha dubbio, che, secondo le Leggi della natura, 1 uguale esser dee la condizione de' contraenti (*a*). Ma poichè, se da qualunque disuguaglianza nascesse azio- 2 ne, infinite sarebber le liti tra gli uomini, prescrissero le Leggi civili certe misure di danni, e di utilità, infra cui ben si possono i contraenti *circonvenire* a vicenda (*b*); ed oltre a cui solamente può l' uno di essi dolersi dell' altro, e ricorrere al Magistrato, perchè si rescinda il contratto (*c*). Coteste misure, prescrivonsi contra le regole del jus antico dall' Imperador Diocleziano nella sopraccitata *L.* 2., ove si dice, potersi rescindere 3 il contratto della vendita, quandochè sia stato il venditore ingannato oltre la metà del giusto prezzo.

Quest' azione non compete di certo al Principe di Squinzano. Di venditore, non di locatore si parla in quella Legge: e comecchè da parecchi anche al locatore si estenda, pur nondimeno è questo, a giudizio del Fabro (*d*), un manifestissimo errore, massimamente per rispetto de' *predj rustici*. Le Leggi nuove *correttorie* del jus antico, qual' è la suddetta *Legge* 2., non si estendono dal caso espresso al non espresso, tuttochè sia l' istessa la ragion dell' uno, e dell' altro. Ma la ragione non è l' istessa. Fu la ragion della *Legge* una mera commi-

se-

(a) *Grot. de jur. bel. lib.* 2. *cap.* 12. §. 8.
(b) *L.* 16. §. 4. *ff. de minor. L.* 22. §. 3. *ff. locati*.
(c) *Grot. d. cap.* 12. §. 26. *n.* 1. & 3.
(d) *De error. dec.* 8. *err.* 8.

ferazione del venditore : *Humanum est* , dice , parlando del venditore , l' Imperador Diocleziano . Or merita il venditore quel compatimento , che non merita il locatore. Molto più scarso è'l numero di coloro, che comprano, che di coloro, che prendono a fitto : e si vende il più delle volte per gran bisogno. La difficoltà di trovar compratore, e la dura necessità , che sospinge il padrone a vendere, fan, che si venda a vil prezzo: dove, per contrario , ritrovandosi facilmente chi toglie a fitto , e dandosi a fitto più tosto per maggior comodo , che per bisogno, ben può'l padrone aver agio di fare il suo pro: onde il lasciarsi ingannare nella vendita, è una sventura , nella locazione è una colpa. Si aggiunge, che dalla vendita , che fassi a vil costo, un perpetuo danno ne viene al padrone : ma, per quanto sia vile il fitto, temporario è'l danno.

Ma estendasi pure la *Legge* 2. dalla vendita alla locazione. Ne nascerebbe al locatore azione , quando i frutti del fondo fosser tanto maggiori della pension pattuita, ch'e'ne rimanesse ingannato oltre la metà. Fuori di cotesto caso non gli competerebbe azione. Dunque, essendosi convenuto negl'istrumenti dell'anno 1745., che pagasse il Duca di Novoli per l' affitto di Salice ducati 3373. , perchè potesse il Pr. di Squinzano dirittamente dolersi in giudizio della *tenuità dell' estaglio* , dovrebbe mostrare, che'l giusto prezzo de' frutti di quel feudo era maggiore di duc. 6746. E quali pruove ha egli fatte di ciò? Per mio giudizio, niuna: e'l mostrerò brevemente.

Si son prodotti nel termine dal Pr. di Squinzano un *apprezzo* delle rendite di Salice, che nella lite tra'l Sign. Cardinale Enriquez, e'l Principe di Squinzano D. Alfonso fece il Tavolario Manni l'anno 1752: alcuni *libretti* degli Erarj del Duca contenenti la rendita dell' anno 1749., e dell' anno 1750. , e *i bilanci* fatti dal Razio-

nale

nale Calò degli anni 1746., 1747., 1748. Indi dallo Scrivano della causa si è fatta d'ordine del Sign. Commessario relazione delle cose contenute in que' documenti: e per coteste scritture si pretende dal Pr. di Squinzano, che la causa si decida.

N'è ben contento il Duca di Novoli: tanto è debole la pruova, che se ne trae. E quanto all'*apprezzo* del Manni, è da notare, che quello fu fatto per altra causa, e non inteso il Duca di Novoli, a cui per legge (a) non può nuocere in alcun modo. Vuolsi ancora osservare, che in quello, quasi tutte le rendite si accrescono a capriccio: ed eccone un esempio. Parlando il Manni della decima del grano, dice, che *per la coacervazione del decennio*, è di annui 789. 4. 15., ma *per le diligenze praticate*, è di annui 1050. Non è un accrescere a capriccio la rendita il dire, esser quella maggiore *per le diligenze praticate*, senza spiegare, quali sieno state coteste diligenze? Finalmente non è da omettere, che in quell'apprezzo si noverano rendite, che non ci sono, e non si deducono molte spese, che necessariamente si debbon fare: le quali cose si son dal Duca dedotte per capi in una ben lunga istanza: e comecchè si fosse dal Sign. Commessario ordinato, che lo Scrivano della causa ne avesse fatta relazione; nondimeno, primachè cotesta troppo necessaria relazion si facesse, si è voluto dal Pr. di Squinzano, che la causa si trattasse. Per quel, che poi si appartiene a' *libretti* degli Erarj, è da avvertire, che quivi si notano le partite esatte, non già le spese.

Ma si abbian per buoni i documenti prodotti dal Pr. di Squinzano. Che si pruova per essi? Si pruova, che, secondo *la coacervazion del decennio* fatta dal Manni,

(a) *Tit. Cod. Res inter alios acta &c.*

ni, ascenderebbe l'annua rendita di Salice a' duc. 3921.: e per *le diligenze praticate* a' 526. di più, che sono in tutto 4448.: che, giusta i *libretti* degli Erarj, la rendita sarebbe quasi pari alla seconda somma: e, giusta 'l *bilancio* del Razionale Calò, quasi pareggerebbe la prima. E, stando così la cosa, potrebbe aver luogo il rimedio della *Legge* 2.? No di certo.

4 Non si è detto ancor tutto. Si sa per ciascuno; che a rescindere il contratto come lesivo, assi ad attendere il tempo, nel quale il contratto si fece (*a*). Dunque cotesti documenti non giovan per nulla, perchè fan fede non dell'anno 1745., in cui la locazione si celebrò, ma degli anni susseguenti.

Tanto dee bastare al Duca di Novoli per non temere delle contrarie pruove. Ma ecco, che dal Duca di Novoli si dimostra, che 'l prezzo convenuto negl' istrumenti era il più vantaggioso, che potea sperar di quel tempo il Principe di Squinzano: e 'l dimostra per un argomento, a cui non si renderà di certo convenevol

5 risposta. Chi è, che ignori, non potere il successor contraddire alla confessione del suo autore? *Confessio auctoris*, scrisse il Tusco (*b*), *praejudicat successori, quia successor, & habens caussam ab eo, utitur eodem jure*. Si vegga ora, quali cose confessò nell' istrumento del dì 28. del mese di Marzo dell'anno 1745. il Principe D. Gabriello, di cui è erede l'odierno Principe di Squinzano. Confessò, che sull' entrare del mese di Settembre dell' anno 1744. si *emanarono i bandi* per l' accensione della candela su l' offerta di annui 3300. fatta dal Romolo: e che, *non ostanti tutte le diligenze praticate*, *non vi fu altro oblatore*, *che migliorato avesse l' offerta suddetta*.

Gran-

(a) *L. si voluntate* 8. C. *de resc. vend.*
(b) *Lit. C. concl.* 663.

Grandi esser dovetterò le diligenze. Importava d' assai al Principe di Squinzano, che l' offerta si migliorasse. Importava ancora a' creditori. L' autorevole soprantendenza del Sig. Consigliere D. Antonio Maggiocca molto giovava, perchè esattamente si usassero, e riuscissero a bene. Si lasciò poi con ottimo consiglio passar gran tempo, poichè dalla *emanazione de' bandi* sino a che si stipulò l' istrumento col Duca di Novoli, corsero sei mesi, e più: e pure non si trovò persona, che avesse alla offerta del Romolo soprapposto un sol quattrino. Or se è vero, com' è verissimo, che tanto vale la cosa, quanto se ne può ritrarre; non essendosi per tante diligenze, e in tanto spazio di tempo migliorata l' offerta degli annui 3300., assi necessariamente a dire, che tanto, e non più estimar si potevano allora i frutti del feudo. Pur fu l' offerta del Romolo migliorata dal Duca. Si obbligò costui a pagare altri annui 73., cui non era tenuto il Romolo di pagare. Ma non è questo il solo vantaggio, che alla casa del Principe ne tornò sopra l' offerta del Romolo. Il Duca gli diè per giunta ducati 32000. alla bassa ragione del 4. 2. 10. per 100., i quali pagati a' creditori, ch' esigevano il 7. l' 8. e 'l 9., accrebbero le di lui rendite di mille ducati l' anno, ed anche di più. Il catalogo de' creditori dismessi col danajo del Duca, leggesi in un istrumento presentato a nome del Principe di Squinzano: e 'l conto è molto facile a farsi.

Dunque per rispetto del tempo della locazione, la mercede convenuta fu anzi maggiore, che minore del giusto valor de' frutti. Quando poi all' Avversario si dia, che fosse la rendita del feudo col proceder del tempo cresciuta, quinci non si può trarre argomento contr' al Duca di Novoli; conciosiechè non sia da dubitare, che siccome, quanto alla proprietà, il pericolo, o 'l comodo è del padrone, così, quanto a' frutti, è del conduttore:

locatio enim est vice venditionis fructuum, come scrisse il Fabro (*a*).

Ma cotesta ultima proposizione non mi si mena buona dal dottissimo Contraddittore. E' crede, che, come per la sterilità del campo dato a fitto, rimettesi la mercede in parte, o del tutto, così per la fertilità, sia giusto, che cresca.

§. II.

Non compete azione al Principe di Squinzano, tuttochè sia cresciuta la rendita di Salice.

7 IO so, che per quella volgarissima regola di Legge, *Chi sente il comodo, dee sentir parimente l'incomodo*, credono alcuni, e nominatamente l'Accursio, che pari esser dee la ragione della fertilità, che della sterilità. Ma so ancora, che non pochi degli antichi, tra' quali sono il Saliceto, il Fulgosio, e Paolo di Castro, e la più gran parte de' moderni interpetri, tra' quali sono il Cujacio, e'l Fabro, insegnarono, non dover mai crescere la pensione, comecchè ubertosissima sia la ricolta: secondo la quale opinione si giudicò nel Parlamento del Delfinato (*b*). Paolo di Castro, che meglio di tutti gli antichi cotesto punto trattò (*c*), molti argomenti produsse a sostener sua sentenza: tra' quali non dispregevole è'l seguente, che nella facoltà legale suol non poco valere. Nel caso della sterilità ci è testo, in cui espressamente si parla della remission della mercede; ma nel caso della fertilità non ci è testo, che parli dell' accresci-

(a) *De error. dec.* 8. *err.* 8. *V. etiam err.* 6. *dec.* 6.
(b) *Franci*s*c. Marc. deci*s*. part.* 2. *quae*s*t.* 210.
(c) *In L. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. locat.*

ſcimento della penſione: *Quia non reperitur hoc jure cautum, non debemus hoc dicere.* Altra è poi, ſecondochè quel graviſſimo Autore ſoggiunge, la ragion del primo caſo: altra la ragion del ſecondo. Nel caſo della ſterilità, la remiſſion della mercede è ſtata introdotta, perchè 'l conduttore non foſſe in danno: nè quella rieſce dannoſa al locatore, il quale, ſe non aveſſe dato il fondo a fitto, non ne avrebbe ricolto frutti. Ma nel caſo della fertilità, ugualmente il locatore, che 'l conduttore trattano di far guadagno: onde, nel dubbio, eſſer dee migliore la condizione del conduttore: *Propter ſterilitatem reperitur cautum, ut remittatur, ne colonus ſit in damno, & iſta remiſſio non videtur tendere in damnum domini, quia ſi non locaſſet, nec ipſe fructus percepiſſet. Sed quando eſt ubertas, uterque certat de lucro; igitur, in dubio, potior eſt conditio ipſius rei*, cioè del conduttore. Coteſta ragion di differenza piacque ſoprammodo al Fabro (*a*). Ma un' altra ne fu dal Cujacio (*b*) propoſta. Si ſoccorre, e' dice, al colono nel caſo della ſterilità, poichè quella gran ſcarſezza di frutti, onde per Legge rimetteſi la mercede, non meno al locatore, che al conduttore giunge del tutto improvviſa; ma, per contrario, aſſi la fecondità come preveduta, e ſperata dall' uno, e dall' altro: conciofiechè ſulla ſperanza di eſſa il contratto ſi faccia: *Colono conſulitur data remiſſione mercedis, quia inſperata ei, & improviſa, atque inopina illa calamitas fuit. Contra, fecunditas & ubertas, tam ei, quam locatori, ut optata, & ſperata, atque proviſa: cujus fruendae gratia, & is ad conductionem acceſſit, oblata forte magna mercede, & locator non imprudens, improvidusve ejus quoque fruitionem plenam illi conceſſit.* Ma ci

(a) *In d. L. 25. §. 6.*
(b) *Obſerv. lib. 26. cap. 33.*

toglie di qualunque affanno un chiaro, ed espresso testo del Giureconsulto Cajo (a), il quale, trattando i due contrarj casi della sterilità, e della fertilità, sebben voglia nel primo, che rimettasi la mercede al colono, nel secondo non vuole, che la pensione si accresca: *Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui IMMODICUM LUCRUM NON AUFERTUR.* Il Cujacio si maravigliò, come avesse l'Accursio altrimenti opinato contra la Legge espressa, e 'l notò non ingiustamente di audacia: *Audet tamen Accursius contra Legem ipsam adbibita quadam distinctione statuere, augendam esse pensionem.*

8 Ma perchè non concedo io all'Avversario, che secondo l'opinion d'Accursio la presente causa si decida? Gli si conceda. Primieramente, dovendo esser pari la ragione della sterilità, e della fecondità, ne segue, che, come non per qualunque sterilità rimettesi la mercede, così non per qualunque fecondità debba crescere la pensione. Esser dee la sterilità così grande, che, come a certuni è paruto, dedotte le spese, non restino frutti a beneficio del conduttore, o che almeno, attendendosi i frutti percepiti da una parte, e la pensione, che assi a pagare dall'altra, rimanga il conduttore deluso oltre la metà del giusto prezzo; secondochè dal più degl'interpetri si è creduto appresso il Gomesio (b). Non altri-

9 menti esser dee la fertilità così grande, che la raccolta sia nel doppio maggiore della mercede. Di fatto così propone il caso l'Accursio: *Apparet, quod si maximum fuerit lucrum, puta, quia in duplum creverunt fructus, quod duplicari debeat merces.* Secondamente son da distin-

(a) *In d. L. si merces* 25. §. *vis major* 6.
(b) *Var. res. tom.* 2. *de locat. n.* 18.

stinguer più casi. Cresce la pensione, se la fertilità consiste non nel valor de' frutti, che per le circostanze de' tempi è cresciuto, ma nella copia di essi: e cresce, non quando la copia di essi è effetto della diligenza del conduttore, ma quando è mero dono del Cielo. Così distinse Accursio: così distinsero i suoi seguaci (*a*). Dunque il Pr. di Squinzano, perchè giovar gli possa l' opinion d' Accursio, dovrebbe provar più cose, cioè, che la rendita del feudo di Salice sia cresciuta al doppio; e che sia tanto cresciuta per la copia de' frutti, non per l' accresciuto valore di essi: e che cotesta abbondanza sia stato un dono del Cielo, non un effetto della diligenza del Duca. La prima cosa, tanto è lontano, che siesi provata dal Pr. di Squinzano, che anzi è stato da lui provato il contrario. I documenti da lui prodotti mostrano, che la rendita di quel feudo sia di sette, o ottocento ducati maggiore della pensione, la qual somma di poco trapassa il quinto degli annui 3373.: le altre cose poi non si sono nè men per sogno provate.

§. III.

Il Duca di Novoli può continuare, anche dopo il secondo sessennio, l' affitto in virtù dell' istrumento del dì 21. del mese di Maggio: nè compete al Principe di Squinzano azion nascente dal suddetto istrumento, onde obblighi il Duca a lasciarlo.

NEll' istrumento del dì 21. del mese di Maggio espressamente convennesi, che potesse il Vettozzi, rappresentante il Duca di Novoli, *dall' anno estaglio rite-*

(a) *Gomes. ibid.*

tenersi gli annui 1350. (terze del capitale de' duc. 30000., a cui, come si è detto, si aggiunsero poi altri 2000.) *e così continuare in appresso; qualora volesse proseguire l'affitto* (del feudo di Salice) *per un altro sessennio*, O *PER PIU' TEMPO*. Dunque il continuar l'affitto, o'l lasciarlo, è posto nell' arbitrio del Duca, anche dopo il secondo sessennio. Ciò non si nega dal Pr. di Squinzano: solamente pretendesi, che, quando voglia il Duca continuar l'affitto per lo terzo sessennio, nol possa continuare per la medesima pensione degli annui duc. 3373., ma per *l'annuo estaglio in quel tempo conveniendo da regolarsi dal parere di due esperti della Provincia di Lecce, allora comunemente eligendi*, come si legge nell'istrumento. Dicesi poi nella Scrittura data fuori per lo Pr. di Squinzano, che *la forma* nell' istrumento prescritta *per la liquidazione del nuovo estaglio è nuova, insolita, ed irregolare*: e che *la forma da tutte le Leggi stabilita, e meritevole di non immutarsi, è l'accensione della candela*: onde si vuole, che, non ostante il patto espresso nell' istrumento, si accenda la candela per lo nuovo affitto di Salice.

10 Desidererei di sapere, in qual libro di Giurisprudenza sia scritto., che l'estimazione rimessa al giudizio de' periti *è nuova, insolita, ed irregolare*. Vorrei ancora sapere, quali sieno le Leggi, che dicono, che la *subastazione* è la vera regola de' giusti prezzi delle cose. Ma'l dotto Autore di quella Scrittura non cita nè Leggi, nè Dottori. Citerò io Dottori, e Leggi, che insegnano il contrario. In una Costituzione di Giustiniano espressamente si parla del vendere, e del dare a fitto, *quanti Titius aestimaverit*: se ne parla, come di cosa usata dagli antichi, e cotesto modo di vendere, o di dare a fitto si approva (a). E sebbene credano alcuni degl' Inter-
11 petri

(a) *L. ult. C. de contrab. emt.*

petri del jus Romano, non valere il contratto, quando rimettasi il prezzo all' arbitrio di persone incerte, quali sono gli *esperti comunemente eligendi*; nondimeno que' medesimi, che credon così, ci fan sapere, che segue il foro la contraria sentenza (*a*). Per l' opposito, le Leggi non han la *subastazione* per buona regola de' giusti prezzi delle cose. Leggo appresso il Giurisconsulto Paolo, che *calor licitantis inflat* quel, che a fitto si espone, *ultra modum solitae conductionis* (*b*). Leggo appresso i nostri Forensi, che nelle *subastazioni*, sovente han luogo le *frodi*, e le *animosità*: e conseguentemente debbonsi porre i prezzi alle cose per gli estimatori; nè per saperne il valore si dee ricorrere al giudizio dell' asta, che quando manca qualunque altro modo: *Subhastatio*, son parole del Postio (*c*), *non probat justum pretium .... atque ideo non est faciendum appretium per subhastationem, sed per appretiatores... nec curandum est, nisi de vero valore, & communi pretio, quod per aestimationem judicatur, & non ex eo, quod majus pretium posset offerri per subhastationem, quia illud potius praesumendum est reperiri posse ex animositate ... atque tunc ad licitationem deveniendum est ad effectum sciendi valorem rei, ubi non adest ullum remedium*. Così 'l S. Consiglio giudicò ne' tempi del Presidente de Franchis (*d*): *S. Consilium judicavit, non esse faciendum appretium per subhastationem, sed decrevit esse servandam practicam, scilicet, quod aestimatio fieret per appretiatores ... & merito, quia isti tempore appretii considerant qualitatem rei, & quantitatem introituum, quae consideranda sunt pro declaratione justi praetii*

12

(a) *Vinn. in* §. 1. *lib.* 3. *Inst. de emt. & vend. n.* 4.
(b) *L. locatio* 9. *ff. de publican.*
(c) *De Subhast. inspect.* 49. *num.* 10.
(d) *De Franchis decis.* 54. *a num.* 7. *& seq.*

tii . . . vera est enim, & communis conclusio, per subbastationem non probari valorem rei . . . solent enim licitationes esse animosae . . . & tunc demum ad licitationem esse deveniendum, quandò aliud remedium non adest . . . & si fierent subbastationes, & in bannis diceretur ad finem sciendi justum pretium, offerens posset offerre majus pretium, & non justum.

Ma perchè farla sì lunga, quandochè il patto non è tale, qual dall' Avversario si finge? E' scritto nell' istrumento del dì 21. del mese di Maggio, potere il Vettozzi, *qualora volesse, proseguire l' affitto predetto per un altro sessennio, o per più tempo*. Quivi ancora è scritto, *Ed in caso, che, terminato detto sessennio d' affitto di detta terra e feudo di Salice, non volesse detto Sig. Vettozzi continuarlo per un altro sessennio* (ch' è 'l secondo) *o pure, volendo continuare per un altro sessennio, terminati detti due sessennj non intendesse continuarlo per altro tempo . . . in questo caso resti in arbitrio, e piacimento di detto Sign. Vettozzi ritenersi in affitto in tutto, o in parte le masserie nel ristretto di detto feudo di Salice, o pure detto feudo di Salice assolutamente per l' annuo estaglio in quel tempo conveniendo, da regolarsi l' annuo estaglio suddetto dal parere di due esperti di quella provincia, allora comunemente eligendi*. Dunque non si convenne, che, finito il secondo sessennio, necessariamente si dovesse stabilire per due *esperti* la nuova pensione. Dipendea cotesta estimazione da un' arbitrio del Duca. Si avrebbe dovuto fare, se al Duca piacea di non continuare per altro tempo l' affitto dell' intero feudo di Salice: e non era da farsi, se gli piaceva altrimenti. Acquistò per quel patto il Duca la libertà di continuar l' affitto del feudo intero, cioè, de' corpi così feudali, come burgensatici, o di ritenere i soli burgensatici, o i soli feudali: nel qual solo caso era uopo, che nuova estimazion si facesse di quella par-

parte, che volea ritenere. Di ciò non è da dubitare: Nelle trascritte parole dell' istrumento apertamente si separano i corpi burgensatici da' feudali: e molto più chiaramente in quest'altre, *o di detto feudo, o di dette masserie, o dell' intiero suddetto feudo*. Or avendo il Duca scelto, secondochè ben potea, di continuare l'affitto dell' intero feudo, è mancata la condizione, sotto la quale si era prescritto nell'istrumento il nuovo apprezzo.

§. IV.

Al Pr. di Squinzano non compete azione nascente dalla iniquità de' patti.

MA cotesto patto, dice l'acuto Avversario, è iniquo, poichè, quando anche si conceda al Duca di Novoli, contenersi nell' istrumento dell' affitto la necessaria uguaglianza de' frutti del feudo, e del prezzo di essi, non si contien però nel sopraccitato patto quell' altra uguaglianza, che non è men richiesta dal jus naturale, posta nella pari libertà de' contraenti: la qual fa, che, durante il tempo dell' affitto, come il locatore non può per la sua sola volontà disciorlo, così nol possa disciorre il solo conduttore. E di vero in virtù di quel patto può 'l Duca di Novoli continuar l' affitto per quel tempo, che gli piace, e può rinunziarlo sempre che vuole: della qual libertà non può parimenti usare il Principe di Squinzano. E di cotesta disuguaglianza d' arbitrio, ne segue ancora l' ineguaglianza del danno, e del lucro; poichè, crescendo oltremodo la rendita del feudo, continuerebbe il Duca l' affitto per la medesima tenuissima pensione: e di molto scemandosi, il lascerebbe, venendone così sempre danno al locatore, e sempre lucro al conduttore.

Cotesta obbjezione non è difficile a sciorsi, quan-
13 dochè si premettano alcune poche cose. E' vero (chi può negarlo?) che si dee ne' contratti servare uguaglianza. E' parimenti vero, che cotesta uguaglianza o consiste nella giusta estimazion delle cose, che si deducono ne' contratti, o nella pari libertà dell' arbitrio umano. Finalmente è vero, che non men l' una, che l' altra uguaglianza è giusto osservarsi: di che dottamente ragio-
14 na il Grozio (*a*). Se non che si vuol porre differenza tra la giustizia naturale, e la giustizia civile. La giustizia naturale niuna disuguaglianza comporta: la giustizia
15 civile talor la permette. Se io do cento a Cajo per cosa, che val cencinquanta, cotesta disuguaglianza dalla giustizia naturale non si soffre, ma si permette dalla ci-
16 vile: e, quandochè abbiasi a giudicare nello stato della Città, nel quale noi siamo, alla giustizia civile ceder deve la naturale. Su quel notissimo luogo di Ulpiano (*b*), *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locupletiorem*, notanò gl' Interpetri, che giudiziosamente Ulpiano propose quella regola secondo il jus della natura: poichè, giusta la civile equità, può soventi volte taluno far guadagno coll'altrui danno, come per l'esempio della usucapione si manifesta: *Aequitas*, dice, comentando quel luogo, il Visenbachio, *alia est naturalis, alia civilis* . . . *Quoties has aequitates collidi contingit, sic eas interpretamur, ut inferior cedat superiori, aequitas naturalis aequitati civili*. E di ciò non è
17 da maravigliare. L'equità naturale riguarda l'uomo per rispetto d'un altro uomo: e, secondo un tal rispetto, non è da consentire, che la condizion dell' uno sia migliore
18 della condizion dell' altro. Ma l' equità civile riguarda l'uo-

(a) *Dict. Lib. 2. cap. 12.*
(b) *In L. jure naturae 206. ff. de reg. jur.*

l'uomo per rispetto di tutta la Città: e, secondo un tal rispetto, è da preferire il bene di tutta la Città al bene di un uomo solo: la qual cosa, posto lo stato civile, è conformissima allo stesso jus della natura. Poichè dunque, se si avesse ad osservare nella Città quella minuta, e perfetta uguaglianza, che si osserverebbe nello stato della natura, o meno agevoli sarebbero i commercj, od infinite sarebber le liti, l' equità civile, cioè, la ragione del pubblico bene, alquante disuguaglianze permette tra' contraenti: e se lo permette nella estimazion delle cose, che si deducono ne' contratti, non ci è ragione, per cui non le debba ancora permettere nella libertà dell' arbitrio umano: ed eccone due luminosissimi esempj tratti da' Libri del jus civile. L' anticresi, che chiamasi volgarmente *contratto a godere*, non ha dubbio, che sia permessa per Leggi Civili (*a*), e, poste alcune circostanze, non vietata dalle Canoniche (*b*). E' certo almeno, che nel nostro Regno, *indistincte permittitur propter paratas emtiones* (*c*). Or nell' anticresi la libertà, che al debitor si concede, non concedesi al creditore. Il creditore, tuttochè voglia restituire al debitore la possession del fondo, nol può costringere a restituire il danaro. Il solo debitore, offerendo il danaro, discioglie a suo arbitrio il contratto: *Si antichresis facta sit*, dice Marciano (*d*), *& in fundum, aut in aedes aliquis inducatur; eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur*. Cotesta libertà, che al solo debitor si permette, fece, che nel Senato di Savoja si negasse al debitore la restituzione *in integrum*, tuttochè per un picciol debito si fosse dato al

19

20

T 2 cre-

(a) *L. si is qui* 11. §. *si antichresis* 1. *ff. de pign.*
(b) *V. de Marin. resol. lib.* 2. *cap.* 172.
(c) *Arias de Mesa var. lib.* 3. *cap.* 46. *num.* 14.
(d) *In cit.* §. *si antichresis.*

creditore *in antichresin* un fondo di gran valore. Ecco le parole del Fabro (a): *Non solet dari restitutio in integrum debitori, qui pro exiguo debito magni valoris bona pignori dederit in antichresin, quia luendi quandocumque pignoris jus habet oblata pecunia: alioquin, si non esset liberum jus luendi, contractus simulatus, & usurarius di-*
21 *ceretur*. Oltre a ciò, chi può mai aver l' ardimento di dire, che giusto non sia il patto di ricomprare? Tutte le Leggi l'approvano (b), e l'uso cotidiano il conferma. Or nel patto di ricomprare non è pari la libertà del compratore, e del venditore. Costui, offerendo, quando che sia, il prezzo, può riavere il fondo: colui, offerendo il fondo, non può riavere il prezzo. Disciogliesi il contratto per la sola volontà del primo: ma non disciogliesi parimenti per la sola volontà del secondo. E ne' due prodotti esempj dalla disuguaglianza dell' arbitrio, nasce la disuguaglianza del danno, e del lucro. Il debitore nell' anticresi, e 'l venditore nella vendita fatta col patto di ricomprare, useranno del loro arbitrio, quando avviseranno essere i frutti del fondo molto maggiori di quel lucro, che può tornar loro dal danaro: e, per contrario, il creditore, e 'l compratore non solo non potranno fare il lor pro, restituendo quel fondo, che pochi frutti produce, ma dovranno ancora restituirlo; quando è cresciuta la rendita, e portare in pace il certo lor danno.

La ragion poi, per la quale è giusto, che nella vendita, che fassi col patto di ricomprare, al venditor si permetta quel, che non permettesi al compratore, è la seguente. Gli atti dell' arbitrio umano son certamente

(a) *In Cod. lib. 2. tit. 26. def. 3.*

(b) *V. L. 2. C. de pact. int. emt., cap. ad nostram de emt. & vend. & ibi DD.*

te in commerzio. Basta a farcene fede il solo titolo de' Digesti *Delle servitù*. Se sono in commercio, possono vendersi, posson donarsi. Or la libertà, che acquista il venditore col patto della ricompra, nel tempo del contratto si estima per un certo prezzo, e tanto meno si compra il fondo, quanto quella si apprezza. Così la disuguaglianza della libertà dell' uno, e della libertà dell' altro, si toglie per la disuguaglianza del maggior valore della merce, e del minor prezzo, che per quella si paga.

Secondo cotesti principj, non dee parer iniquo il patto espresso nell' istrumento del dì 21. del mese di Maggio. Poteva il Pr. di Squinzano donare al Duca di Novoli la libertà di continuare l' affitto fino a che gli piacesse. Ma 'l Pr. di Squinzano non gliela donò: gliela vendè a grandissimo prezzo: e 'l prezzo furono, secondochè si è detto, annui duc. 73., che aggiunse il Duca alla offerta del Romolo, ed altri mille, e più ducati l' anno, che lucrò la Casa di Squinzano pe' 32000., che 'l Duca prontamente pagò. Tanto fu estimata quella libertà, che al Duca si diè: per tanto gli fu venduta. Ma ci fu ancora un' altra giunta di prezzo. Si sa, che tra le cose, che, giusta l' opinion degli uomini, ricevono estimazione, son le cautele, onde si studia il creditore di assecurare il danaro. Ciò tanto è vero, che colui, che, posta la tale, o tal cautela, dà volentieri il suo danaro al 4. per 100., senza quella cautela o nol darebbe per nulla, o non altrimenti, ch' esigendone il 5. o 'l 6. Parimenti si sa, che la cautela più estimabile, è dismettere i primi, e più privilegiati creditori del debitore. Or a cotesta cautela, cui non avrebbe rinunziato chicchessia, rinunziò nell' istrumento del dì 28. del mese di Marzo il Duca di Novoli in grazia del Pr. di Squinzano. In quell' istrumento si legge, che col danaro del Duca si sarebbero dismessi *tanti creditori della Casa di detto Sig. Prin-*

Principe ad elezione del Regio Consigl. Sign. D. Antonio Maggiocca, alla di cui prudente determinazione, circa la dismissione di detti creditori, promise il Duca *di stare*. In fatti si dismisero non i più antichi, non i più privilegiati creditori, ma que' creditori, ch' esigevano il 7. l' 8. e 'l 9. per 100., tuttochè meno antichi, e men privilegiati; contentandosi il Duca di esigere il 4. 2. 10. Agli annui 73., che soprappose il Duca alla offerta del Romolo, ed agli annui 1000., che, mercè 'l danaro del Duca, si aggiunsero alle rendite del Pr. di Squinzano, si aggiunga la rinunzia, che 'l Duca fece di cotesta estimabilissima cautela; e mi si dica poi, che iniquo fu 'l patto, onde il Duca acquistò la libertà di continuare, fino a che gli piacesse, l' affitto.

Mi si potrebbe dire dal sottilissimo Difensore del Principe, non esser vero, che l' essersi il Duca obbligato a dar prontamente il danaro per dismettere i creditori della Casa di Squinzano fu 'l prezzo di quel patto, onde gli si acquistò l' arbitrio di continuare l' affitto; poichè nel primo istrumento erasi già obbligato il Duca a dar 29000. ducati, ed erasi quivi espressamente convenuto, che durasse l' affitto per soli anni sei, e non oltre. Il patto per cui quel vasto arbitrio al Duca fu dato, si appose la prima volta nel secondo istrumento del dì 21. del mese di Maggio, nel quale si celebrò solamente un contratto di *vendita d' annue entrate*: contratto, che nel primo istrumento erasi promesso di stipularsi: onde quel patto, come quello, cui non fu posto alcun prezzo, contiene quella disuguaglianza, che 'l rende iniquo.

Rispondo, che quel patto sarebbe giusto anche quando non gli si fosse dato alcun prezzo. Le servitù, che, diminuendo la nostra natural libertà, rendono deteriore la condizion nostra, e de' nostri fondi, ed accrescendo l' ar-

l'arbitrio d'altrui, l'altrui condizione, e la qualità de' fondi altrui rendon migliore, possono non men donarsi, che vendersi: nè, perchè non interviene alcun prezzo, ingiusti sono i patti, onde quelle si costituiscono. I patti iniqui son quelli, che distruggono la natura de' contratti, cui sono apposti. Ingiusto è certamente quel patto, per cui la società vien detta *leonina*; perchè, posto quel patto, non ci è più società. Ma 'l patto, di cui si disputa, non è contrario alla natura della locazione. Rispondo ancora, che nel secondo istrumento diè 'l Duca di Novoli altri duc. 1000., cui per lo primo non era tenuto di dare: e che dipoi nel terzo istrumento, ove quel patto si confermò, diè ancora altri 2000. Finalmente rispondo, che nel tempo del primo istrumento era quel patto nella mente de' contraenti, e fu non oscuramente espresso nell'istrumento. Sono in un luogo di quello le seguenti parole: *E dell' annuo estaglio di detto affitto ritenersi* (il Vettozzi rappresentante il Duca) *le terze decorrende, detto sessennio durante*, *ET INDI*, *siccome si converrà nelle cautele stipulande*. Le parole, *& indi*, contengono tratto di tempo indefinito, che dee seguire il *sessennio*: e le parole, *siccome si converrà nelle cautele stipulande*, mostrano, che 'l patto dell'arbitrio di continuare l'affitto per un secondo *sessennio*, *ed oltre*, era nella mente de' contraenti, che si riservavano di chiaramente spiegarlo nel secondo istrumento, nel quale doveansi stipulare le cautele della vendita delle annue entrate.

Ma troppa briga mi ho io data di cotesta opposizione tratta dalla non ugual sorte de' contraenti. La condizione dell'uno, e dell' altro fu pari del tutto. Si leggano interamente le parole del patto: *E così continuare in appresso, qualora volesse proseguire* (il Duca) *l' affitto per un altro sessennio, o per più tempo*, *E NON SI*

ESER-

ESERCITASSE FRATTANTO DA DETTO SIG. PRINCIPE, SUOI EREDI &c. LA RICOMPRA DI DETTI ANNUI 1350. Dunque la libertà data al Duca di continuare l'affitto, non fu tale, che non potesse impedirla il Principe di Squinzano. Impedir la poteva, esercitando il patto della ricompra: ed eccogli uguali del tutto. Atto arbitrario era nel Duca il continuare, o'l lasciare l'affitto. Atto arbitrario era nel Principe l'esercit. la ricompra, o no: nè di ciò si può dubitare. Esercitar la ricompra, è lo stesso, che restituire i ducati 32000. Dunque, l'esercitar quel patto, consiste nel *dare*:
22 e chi è, che ignori, che le condizioni consistenti nel *dare*, son per Legge condizioni *arbitrarie?* In molti luoghi delle Pandette così s'insegna, e'l Vinnio il nota (*a*). L'arbitrio del Duca cessava tosto, che usava del suo il Pr. di Squinzano. Dunque non è vero, che in forza di quel patto il Duca era sempre nel lucro, e'l Principe sempre nel danno. Dentro il primo, e'l secondo sessennio non poteva nè 'l Duca lasciar l'affitto, nè 'l Principe far, che 'l lasciasse: ed in ciò andavan del pari. Nel tempo avvenire era parimenti uguale la lor condizione nel danno, e nel lucro. Mancavano le rendite del feudo? Il Duca ne poteva lasciar l'affitto a danno del Principe. Crescéano le rendite? Poteva il Principe, esercitando il patto della ricompra, riavere il feudo con svantaggio del Duca.

Ma era più difficile quel, che poteva fare il Principe di Squinzano, che quel, che far poteva il Duca di Novoli. Costui non dovea durar fatica per rilasciare il feudo: colui non poche difficoltà dovea vincere per la restituzione di duc. 32000.

Rispondo, che cotesta maggior difficoltà, non può mai

(a) *In* §. 4. *Inst. de verb. obl. lib. III. num.* 7.

mai fare, che la condizione, consistente nel *dare*, non sia *arbitraria*: e tanto basta, perchè ci sia uguaglianza tra' contraenti. Rispondo ancora, che cotesta disuguaglianza nascente dalla difficoltà maggiore nell' uno de' contraenti, minore nell'altro, come disuguaglianza troppo minuta, si attende nel solo foro interiore della coscienza, non ne' Tribunali, specialmente de' laici, ne' quali si giudica secondo l'equità civile riguardante il solo bene temporale della Repubblica. In fatti nel caso di due, l' un de' quali ha dato a godere per lo fondo il danaro col patto espresso, che ciascun de' due possa, quandochè voglia, restituire il danaro, o 'l fondo; alcuni Maestri di moral Teologia credono illecito il contratto, perchè *major difficultas est pecunias, quas non habes, restituere, quam reddere domum, quam tenes*, come l' Azorio scrive (*a*): ma dottissimi Teologi l' han per lecito anche in coscienza. Per lecito l'ebbero il Corrado (*b*), il Gabriello (*c*), il Medina (*d*), e 'l Covarruvia, le cui parole piacemi di recare in mezzo (*e*): *Pactum istud, ex quo revenditio confertur in voluntatem emtoris, licitum est; quia sicuti res quaelibet perpetuo abalienari potest, & ita vendi, ut nullo pacto emtor eam teneatur revendere, atque item ea pactione, ut quoties venditor eam velit redimere, emtor teneatur vendere, ita ut paria sint contrahentium jura; poterit venditor adstringi, & obligari ad emendum eam rem, quoties emtor eam revendere voluerit, non enim video quae sit congrua inter haec duo discriminis ratio*. L' autorità de' sopraccitati gravissimi Teologi ha fatto, che cotesta convenzione fosse di-

23

24

25

(a) *Instit. par. 3. lib. 9. c. 20.*
(b) *De contractib. q. 84.*
(c) *In 4. q. 12. a. 3. dub. 4.*
(d) *De reb. per usur. acquis. q. 15.*
(e) *Lib. 3. var. c. 9. n. 3.*

divenuta frequentissima in alcuni luoghi d'Italia, e quasi in tutte le Spagne, come testimoniano lo stesso Azorio, e'l Gonzalez (a). Non era poi tanto grande, per rispetto del patrimonio del Pr. di Squinzano, la difficoltà di restituire i duc. 32000. Ascendono le sue rendite ad annui 11000. e più, come si dimostrerà nel II. Capo di questa Scrittura. Gli riuscivа, anni sono, agevole la vendita di qualche feudo: agevolissima gli può riuscire oggi la vendita di alcun de' molti corpi burgensatici, che possiede. E dove si ponga, che molto grande sia cotesta difficoltà, è massima di Moral Cristiana, ricevutissima in tutte le Scuole senza contraddetto d'alcuno, che dove quella maggior difficoltà, che s'incontra da chi dee restituire il danaro, si compensi in alcun modo con cosa estimabile per qualche prezzo, non sia da dubitare della giustizia del contratto. Or quanto caro sia costato al Duca di Novoli il peso imposto al Pr. di Squinzano di restituire i duc. 32000., si è già detto di sopra. Finalmente è quì da notare, che nel caso da que' Teologi proposto, il possessore del fondo può, sempre che vuole, obbligare l'altro contraente a restituirgli il danaro: il che non può fare nel nostro caso il Duca di Novoli. Se'l Principe di Squinzano restituisce i duc. 32000., gli restituisce, perchè rivuole il feudo, non perchè l'obbliga il Duca a riprenderlo. Ma di ciò troppo si è detto. Tempo è di passare alla quinta azione.

§. V.

(a) *In cap. 6. de pign. n. 14.*

§. V.

Al Pr. di Squinzano non compete azione nascente da principj di civile equità.

DUe principj di equità si propongono nella Scrittura pubblicata per lo Pr. di Squinzano. Il primo è quel luogo di Pomponio, che si è trascritto di sopra: *Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, & injuria fieri locupletiorem* (*a*). Ma, quantunque all'Avversario si dia, che le rendite del feudo di Salice sieno maggiori del fitto, cotesto principio, secondochè ne' precedenti §§. si è detto, al Duca di Novoli non nuoce. Ed oltre le cose dette, notisi ancora quì, che allora si dice, che taluno fa lucro con ingiuria, e detrimento d'altrui, quando fa cosa utile a se, dannosa ad altrui, senzachè abbia diritto di farla. Così leggo appresso Paolo (*b*): *Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet*. Se poi taluno fa quel, che ha diritto di fare, non si può pretendere, che nol faccia, comecchè altri ne impoverisca. Or chi fa quel, che per Legge, o per autorità di Magistrato, o per patto gli vien permesso, certamente fa quel, che ha diritto di fare: *Jure suo uti dicitur*, scrive il Gotofredo (*c*), *qui quid facit partium conventione*. Il patto della ricompra riesce dannosa al compratore, se'l venditore l'eserciti in tempo, che cresciuto è d'assai il valore del fondo; ma 'l venditore non gli fa ingiuria, perchè usa d'un diritto, che per espressa convenzione acquistò. Dunque, se 'l con-

27

28

29

V 2

(a) *L. 206. ff. de reg. jur.*
(b) *L. 151. eod.*
(c) *In L. 155. §. 1. eod.*

continuare l'affitto dell'intero feudo di Salice è facoltà dal Duca di Novoli acquistata per patto espresso, può ben egli continuarlo senza ingiuria del Pr. di Squinzano.

Il secondo principio è un luogo di Ulpiano, ove crede l'Avversario, che s'insegni, esser lecito al locatore di dare al conduttore una casa per un'altra, quandochè sia egualmente comoda la casa, che gli offre. Le parole dall'Avversario trascritte, son le seguenti: *Plane si locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse absolvi locatorem* (a). Quinci raccogliesi, che, offerendo il Pr. di Squinzano al Duca di Novoli cautela equivalente a quella, che gli fu data nell'istrumento, qual sarebbe *o nuovo assegnamento sul nuovo conduttore del feudo*, come dicesi nella contraria Scrittura, od altra anche migliore ad arbitrio del S. Consiglio, come quivi soggiungesi; non può 'l Duca giustamente pretendere di continuare l'affitto, come nel caso di Ulpiano non potea pretendere il conduttore, che quella casa gli si desse, cui aveva egli tolta a fitto, e non altra.

Che non può anche negli uomini diligentissimi la passion della causa! Si cita a favore del Pr. di Squinzano un testo delle Pandette, che contr'a lui decide la causa. Buon pel Duca di Novoli, che non assi ad andare insino a Firenze, ove le Pandette conservansi manoscritte, per leggerlo intero. L'intero luogo di Ulpiano, è questo: *Si quis domum bona fide emtam, vel fundum locaverit mibi, isque sit evictus sine dolo malo, culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui, quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, & locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse*

(a) *L. si quis domum 9. pr. ff. locat.*

esse ait, absolvi locatorem. O quanto diverso dal nostro, è 'l caso di Ulpiano! Il locatore, essendo stata evitta la casa, non potea darla al conduttore, perchè *dominus;* cioè colui, che aveala evitta, *non patiebatur*, che 'l conduttor vi abitasse. In cotesto estremo caso poteva il locatore offerire al conduttore un'altra non men comoda abitazione, perchè gli riuscìva impossibile dargli la casa altrui. Dunque, se non fosse stata evitta la casa, era il locatore tenuto di dargli onninamente quella casa, che si era espressa nel contratto, e non altra. Or chi è nel caso nostro il padrone del feudo di Salice? Il Principe di Squinzano. E' stato forse quel feudo evitto? No. Riesce al Pr. di Squinzano impossibile di far continuare l' affitto? Nè meno. Dunque il testo di Ulpiano apertamente gli nuoce. Nel caso di Ulpiano il locator non poteva: nel caso nostro il Principe di Squinzano non vuole. Tra 'l non potere, e 'l non volere, la distanza è infinita.

CAPO II.

A creditori del Pr. di Squinzano non compete azione contr' al Duca di Novoli per torgli il feudo di mano.

VEdendo il Pr. di Squinzano, che a lui solo non sarebbe riuscito di torre di mano al Duca di Novoli il feudo di Salice, ha indotto alcuni de' suoi creditori a fare istanza, che si proceda a nuovo affitto, e che questo si celebri colla solennità dell' asta. Ma quale azione compete loro, e donde mai nasce? Io, ricorrendo

do colla memoria le varie classi delle moltissime azioni della Legge, e le diverse cause di esse, finora non l' ho trovata. Se ci fosse, esser dovrebbe una di quelle, che chiamansi *rescissorie;* poichè, essendo, come si è detto, valido il patto, in forza di cui vuole il Duca di Novoli continuar l' affitto, non possono i creditori pretendere, che nuovo affitto si faccia, se prima non si rescinda per qualche azione l' affitto già fatto col Duca. Or tra le azioni rescissorie, cotesta azione non ci è.

Ma ci è *concorso*, ed *urgenza* di creditori, e giunge l'*attrasso* a molte migliaja di ducati.

31 A cotesto argomento, in cui solo i creditori si appoggiano, renderò più risposte. In primo luogo rispondo, che nel solo caso della deduzion del patrimonio si risolvono gli affitti fatti dal debitore, e si ordinano i nuovi a nome del Magistrato; perchè, interdetta, in quel caso, al padrone l' amministrazion di sua roba, comincia un nuovo stato di cose, e 'l tutto vien sotto il sequestro, siccome ha distintamente mostrato il nostro Carlantonio de Rosa (*a*). Ma non ci è nel caso nostro deduzion di patrimonio. Ecco la fede, che d' ordine del Sign. Commessario ne fa lo Scrivano della causa: *Fo fede io sottoscritto Scrivano ec.*... Or dov' è la deduzion del patrimonio? Dov' è 'l nuovo stato delle cose? Tanto è lontano, che ci sia *deduzion di patrimonio*, che anzi, non ce n' è nè men la figura, conciosiechè non ci sia nè curatore, nè procuratore *nomine omnium*, nè decreto di *discussione*, nè *graduazione*, nè *relazione* di creditori. Tanto è lontano, che lo stato delle cose si sia mutato in modo, che possa oggi giovare a' creditori; che anzi, dove nel tempo de' contratti del Duca di Novoli eravi la *Soprantendenza*, questa sin dall'anno 1749. è cessata: e te-

(a) *Prax. civ. decret. cap.* 1.

e testimonianza ne rende lo stesso Scrivano della causa.

In secondo luogo rispondo, che *l' urgenza*, e l'*attrasso*, donde i creditori traggono argomento in lor pro, sono effetto della sola loro negligenza. Primachè ciò si dimostri, è da premettere una massima indubitata di Legge, che trovasi in molti luoghi delle Pandette. Soccorron le Leggi *non negligentibus, sed necessitate rerum impeditis* (*a*): e nominatamente, de' creditori parlando, scrive Scevola non esser da favorire coloro, che han trascurato di esigere: *id enim suae negligentiae expensum ferre debent* (*b*): anzi ci è luogo in Legge, ov' è scritto, che la negligenza del creditore, quando costui vuole incomodare il terzo per riscuotere quel, che dal principal debitore riscuoter poteva, è tanto al dolo vicina, che assi per dolo: *Dolus est non exigere, quod potes exigere* (*c*). Così 'l Rovito: *Quando creditor est negligens in non exigendo a principali debitore, existente solvendo, talis negligentia habet admixtum dolum; ergo talis negligentia non debet operari contra tertium, de hujusmodi dolo non participantem* (*d*): e 'l giudiziosissimo Card. de Luca: *Habemus in jure punitam creditoris negligentiam, ut contra fidejussores, vel tertios possessores actio denegetur, quando poterat a principali satisfactionem debiti obtinere, & neglexit* (*e*). E comecchè la dottrina del Rovito, e del de Luca non risguardi propriamente il nostro caso, nondimeno la ragione è la stessa. Nel caso, che trattan que' due, non può 'l creditore incomodare il terzo, per-

32

33

34

chè

(a) *L. 16., & 26. §. 9. ff. ex quib. caus. major. L. 63. §. pen. ff. ad Trebel.*
(b) *L. 24. ff. quae in fraud. cred.*
(c) *L. dolus 44. ff. mand.*
(d) *Decis. 43. n. 3.*
(e) *De fideic. disc. 161. n. 4.*

chè poteva esigere dal debitor principale, e nol volle. Nel caso nostro, i creditori, che oggi incomodano il Duca di Novoli, poteano, e non vollero esigere dal Pr. di Squinzano, come or'ora dimostrerò. Anzi men duro è'l nostro caso, che'l caso del Rovito, e del de Luca. Nel nostro non si era il Duca di Novoli obbligato a' creditori: in quell'altro caso erasi il fidejussore al creditore obbligato: e pur la costui negligenza libera il fidejussore. Si mostri ora, quanto negligenti sieno stati, e sien tuttavia i creditori della casa di Squinzano. Molti, e molti anni son corsi da che la Casa di Squinzano soggiace al peso di que' medesimi debiti, onde oggi è gravata: e nel corso di tempo sì lungo, i creditori non si han dato il pensiero di formare un'istanza per la relazione de'loro crediti: nè han curato, che la roba del comun debitore si sottoponesse a sequestro. Il sequestro del solo feudo di Guagnano fu fatto ad istanza di alcuni pochi di essi. E perchè non ne fecero ordinare anche la vendita? Di quel tempo, ben si potean vendere i feudi della Casa di Squinzano: e se oggi non posson vendersi, perchè l'odierno Principe ancor non ha figli, qual divieto ci è, che non si espongano a vendita gli allodiali? Ma io vo' andare anche più in là. Ben sanno i creditori, che l'amministrazione di tutti i beni feudali, e burgensatici fu data ad istanza del medesimo debitore a D. Giuseppe Bottaro Madalo vassallo del Pr. di Squinzano. L'essersi data cotesta amministrazione ad istanza del debitore, ed a un vassallo, dovea fargli entrare in qualche sospetto, che gran parte delle rendite sarebbe stata tolta loro, e data al debitore, perchè vivesse con agio. Ma i buoni creditori non ne presero alcun sospetto, e seguentemente non si son mai brigati di quel, che l'amministrator si facesse. Se a ciò avesser posto pensiero, non ci sarebbe oggi quella *urgenza*, e quel-

l'*at*-

l'*attrasso*, che ci è. Ma si faccia sapper loro, qual sia la vera rendita della casa di Squinzano: e sappiano ora da me quel, che doveano essi saper da gran tempo. Lo Scrivano della causa, d'ordine del Sig. Commessario, fa fede, che la rendita de' feudi di Guagnano, di Squinzano, e di Campi, secondo gli affitti, che se ne son fatti, sono annui *6900.*: e che giusta l'apprezzo del Tavolario Manni (apprezzo, che nella presente causa cotanto piace al Pr. di Squinzano, ed a' di lui creditori) sono annui 8112. *79.* Non se ne vanno a dedurre pesi, perchè negl'istrumenti degli affitti gli tolgono sopra di se i conduttori, e nell'apprezzo gli deduce il Tavolario Manni. Or se si voglia stare all'apprezzo, aggiungendosi agli annui 8112. *79.* gli annui 3373., che 'l Duca di Novoli paga per l'affitto di Salice, l'annua rendita sarebbero 11485. *79.*: se poi star si voglia agli affitti, sarebbero 10273. Fa fede il medesimo Scrivano, che le annualità dovute a' creditori, compresi in esse annui duc. 500., vitalizio della Principessa Bozzi Colonna, sono annui *6166.* 11. Dunque, attendendosi la rendita secondo gli affitti, eran d'avanzo annui 4106. *89.*, ed attendendosi la rendita secondo l'apprezzo, avvanzano annui 5319. *68.* da poterne usare il debitore. Perchè dunque non si son pagate a' creditori le annualità? E come a tante migliaja è giunto l'*attrasso?* La cosa è chiara. Non bastavano al Pr. di Squinzano nè gli annui 4106. *89.*, nè gli annui 5319. *68.*; ma ben altre annue quantità gli bisognavano, che dall'amministratore, buono e fedel vassallo, non gli si poteano negare: e i creditori intanto dormivano di buon sonno sulla fede dell'amministratore vassallo del lor debitore. Si può immaginar negligenza di questa più grande? E sarà poi giusto, che la pena di sì grave negligenza de' creditori, e della poco buona fede dell'amministratore si porti dal Duca di

Novoli? da quel Duca, che con buona fede, e coll'autorità del Sign. Consigliere D. Antonio Maggiocca Soprantendente della casa di Squinzano ha dato il suo danaro con espresso patto dell'affitto di Salice, senza cui non l'avrebbe dato di certo? da quel Duca, che, accrescendo le rendite del debitore di annui 1000., fece o quanto migliore la condizion de' creditori? Se ciò non è giusto per le cose dette finora, è molto men giusto per quel, che son per soggiungere. La molestia, che dassi oggi al Duca, gli si dà per mera *emulazione*: la qual cosa, come ciascun sa, dalle Leggi non si permette. E' gran tempo, che da' Principi di Squinzano si studia il modo da nuocere al Duca. Sin da che si fece l'apprezzo dello Stato di Squinzano, si apparecchiarono insidiosamente le armi da offenderlo. A tutti i feudi, eccettone il solo Salice, si dà 'l prezzo secondo le vere rendite. La rendita del solo Salice si accresce di annui ducati 500. *per le diligenze fatte* dal Tavolario, senza che si dica, quali furono coteste diligenze. E perchè nell' apprezzo del solo Salice le *diligenze* si fanno, e non si fanno nell' apprezzo degli altri feudi? Perchè 'l solo feudo di Salice dovea torsi di mano al Duca, e si credea, che bastasse la maggior rendita a far che 'l perdesse. In fatti sul solo motivo della maggior rendita si è fabbricato il processo, e la pruova di cotesta maggior rendita dall' apprezzo del Manni principalmente si è tratta. Da' creditori poi della casa di Squinzano, de' quali ben grande è 'l numero, appena quattro si son lasciati indurre dal Pr. di Squinzano a comparire in giudizio, pretendendo, che, rescisso l'affitto fatto col Duca, si proceda a nuovo affitto colle solennità dell' asta. Sperano essi, che l' emulazione degli oblatori ne abbia cotanto ad accrescere il fitto, che si paghi loro l' *attrasso*. Ma questo più agevolmente si pagherebbe loro, esponendosi a fitto gli

altri

altri feudi della casa, donde molto più si ritrae, che dal solo feudo di Salice. E perchè la stessa istanza non fanno per gli altri feudi amministrati dal vassallo del Pr. di Squinzano? Perchè si vuol compiacere al Principe; e si vuol nuocere al Duca. Ma ecco un chiarissimo indizio dell' animo del Pr. di Squinzano, e de' quattro creditori, che son d'accordo con lui. Due di essi, cioè 'l Duca di Campomele, e 'l Paladino, non anno di che dolersi. Il Duca di Campomele non è creditore di *attrasso:* nè al Paladino si debbono annualità. Dunque di che si dolgono? che vogliono essi dal Duca di Novoli? Il S. Consiglio intende bene quel, ch'essi vogliono; ma farà riuscir vani i loro disegni. Così spera il Duca di Novoli, cui è ben nota la somma giustizia di que' Signori, che debbono della presente causa giudicare.

Di Casa il dì 14. del mese di Febbrajo
dell' anno 1757.

Per Domenico Berardi contra gli eredi di Antonio Scaravaglione.

A R G O M E N T O.

Si esamina, se l' annuo estaglio di un affitto debba pagarsi giusta la somma spiegata nell' istrumento del contratto di locazione, oppure pagar si debba giusta la maggior somma dichiarata da uno de' socj conduttori in una privata scrittura posteriore al suddetto istrumento di locazione.

SOMMARIO.

1 *Della pratica, onde verificansi gli albarani.*

2 *Quel che nell' istrumento si è scritto, assi ad attendere, e non già quel, che nell' animo ha avuto uno de' contraenti.*

3 *Qual sia il parlar* persuforio : *ed a chi nuocer debba:* Ved. il num. seg.

5 *Se possa venirsi contra la propria confessione: e distinguesi quando siasi confessato il fatto d' altrui, e quando il fatto proprio.*

6 *La confessione* tacita *ed* implicita, *nuoce solamente tra le stesse parti; ma l'* espressa, *nuoce anche in altro giudizio, e tra persone diverse:* Ved. il num. seg.

8 *Perchè sia valido l' atto dal procurator fatto senza spezial mandato, uop' è, che 'l principale il ratifichi.*

9 *Il mandato, e 'l ratificamento del principale riguardante l' atto dal procurator fatto, debbonsi provare, e nel dubbio non si presumon giammai.*

10 *La scienza, se concludentemente non pruovasi, non si presume.*

11 *La legge non presume, che siasi fatto, quel, che di rado si fa; ma quel, che 'l più delle volte si fa.*

12 *Della cautela da usarsi, quando nelle pubbliche scritture vogliasi spiegare altro da ciò, che si abbia nell' animo.*

13 *Non altro sono le presunzioni, che congetture tratte da quel, che più frequentemente accade.*

14 *Qual sia la scienza* presunta *e* congetturale ; *e qual sia l'* espressa, *e* certa. *Come assi a provar l' una, o l' altra; e quando ricercasi la pruova presuntiva, o la certa, ed indubitata.*

15 *Non alle semplici fedi, ed attestati assi a* credere, *ma*

ma a' testimonj esaminati dal Giudice.
16 Il detto di un solo testimonio non fa pruova.

ALLEGAZIONE VII.

IL dì 15. del mese di Novembre dell' anno 1749. si stipulò istrumento tra'l Principe di Tarsia D. Ferdinando Vincenzo Spinelli, e'l Dottor D. Andrea Romolo, *messo ed internuncio* del magn. Antonio Scaravaglione. Si celebrò in esso un contratto di *locazione*, e si promise un mutuo. Diè a fitto per anni quattro, *due di fermo*, e *due di rispetto*, il Principe di Tarsia ad Antonio Scaravaglione le rendite di Tarsia, di Terranova, e di Spezzano per annui duc. 6738. 25.: e poichè avrebbe lo Scaravaglione ratificato l'istrumento, si obbligò di dargli a mutuo *per dote de' suddetti feudi* ducati 4000. pe' primi due anni, ed altrettanti per gli altri due, da restituirglisi a 2000. l'anno. Lo Scaravaglione ratificò l'istrumento il dì 26. dello stesso mese: e seguentemente nel dì 9. del mese di Gennajo dell' anno 1750. pagò'l Principe di Tarsia per lo Banco della Pietà i ducati 4000. pe' primi due anni. Ma tra 'l dì 26. di Novembre, e'l dì 9. di Gennajo due altre scritture si fecero, l'una nel dì 25. di Decembre, l'altra nel dì 4. di Gennajo. Fu la prima un istrumento di società, in cui lo Scaravaglione *associò per lo terzo dell' affitto* il magn. Domenico Berardi: fu la seconda un albarano tra'l Principe di Tarsia, e'l Dott. Romolo, nel quale si dichiarò, che 'l mutuo promesso nell' istrumento, vero mutuo non era: che la partita del Banco sarebbe stata *passatora*: che 'l mutuo si simulava *per alcuni giusti fini* di esso Principe: e che aveano i contraenti avuto nell' animo di dare, e di torre a fitto le rendite de' tre suddetti feudi per an. 8738. 25. Durò cotesta *locazione* soli due anni,

ni, per cui pagò 'l Berardi la terza parte degli annui ducati 6738. 25. giusta il convenuto nell'istrumento del dì 15. di Novembre. Gli altri 4000. di più per que' due anni, furono dallo Scaravaglione pagati al Principe di Tarsia non senza strepito giudiziario. Or pretendono gli eredi dello Scaravaglione, che 'l S. Consiglio condanni il Berardi a pagar, come socio, il terzo de' suddetti duc. 4000. Spera, per contrario, il Berardi, per cui scrivo, che l'abbia il S. Consiglio ad assolvere, o sia vero il mutuo, o nò.

CAPO I.

Nel caso, che 'l mutuo sia vero; non deve il Berardi pagare il terzo de' ducati 4000.

E' Massima indubitata di Legge, che niuno può essere obbligato a più di quel, che ha promesso: e niuno può esser condannato per altra causa, che per quella, per cui si è obbligato. Or che promise il Berardi, e per qual causa si obbligò? Promise il *terzo*: e si obbligò di pagarlo come *fitto*. Quanto sia cotesto *terzo*, nell' istrumento della società non si dice espressamente: ma, leggendosi quivi, che avea lo Scaravaglione *preso l'affitto dal Sig. Principe di Tarsia a pagare per ogni anno la somma descritta nello strumento, al quale in omnibus s' abbia relazione*; perchè possa determinarsi, quanto sia il *terzo* dal Berardi promesso, è uopo, che leggasi l' istrumento tra 'l Principe di Tarsia, e lo Scaravaglione.

Questo è l' istrumento del dì 15. del mese di Novembre dell'anno 1749., dove, secondochè ho detto, si celebrò un contratto di *locazione*, e si promise un mutuo.

tuo. Per fitto si promisero dallo Scaravaglione al Principe di Tarsia annui duc. 6738. 25.: per causa di mutuo si promisero dal Principe allo Scaravaglione annui 4000. pe' primi due anni. Or se la società fu contratta per la sola *locazione*, e non per lo mutuo: e se per lo fitto si dovean pagare annui 6738. 25., al terzo di cotesta sola somma era tenuto il Berardi: e cotesto terzo l' ha egli di già pagato. Come dunque si può pretendere, che 'l Berardi, che ha per se due pubblici istrumenti, si condanni a pagare il terzo de' 4000. ducati?

A cotesti due pubblici istrumenti oppongono gli eredi dello Scaravaglione l' albarano del dì 4. di Gennajo dell' anno 1750., nel quale dal Pr. di Tarsia, e dal Dottor Romòlo, in nome dello Scaravaglione, si dichiarò, che 'l mutuo si era simulato per alcuni onesti fini, e che veramente si dovean pagare per lo fitto annui 8738. 25., non 6738. 25., com' erasi detto nell' istrumento del dì 15. del mese di Novembre.

Cotesto albarano al Berardi non nuoce. E come potrà un albarano, ch' è privata scrittura, torre la forza a due pubblici istrumenti? E quando anche non favorissero al reo coteste due solenni scritture, pretenderà l' attore, che dee pienamente provare la sua intenzione, che sulla fede d' un semplice albarano si condanni il Berardi? Ma l' albarano, a giudizio del mio dotto Contraddittore, si è verificato. Così egli scrive nella seconda pagina di sua Scrittura, e cita il foglio 54. del processo corrente. E che ci è in quel foglio? Una testimonianza, che rende il Notajo Felice Campanile, che l' albarano, a lui presentato, era quello stesso, che aveva egli disteso. E basta ciò, perchè un albarano si possa dire verificato? La pratica della verificazione degli albarani all' espertissimo Avversario è ben nota. Datosi il termine per la verificazione, si debbono esaminare il

No-

Notajo, e i testimonj, che han sottoscritto l'albarano: indi s'interpone decreto dichiarante, esser vero (a). Nel caso nostro non si diè termine per la verificazione. Nel suddetto fogl. 54. si esaminò il solo Notajo: e de' due testimonj Filippo Giorgio Fughi, ed Andrea Giuseppe Filiberto, che sottoscrissero l'albarano, fu esaminato solamente il primo: nè poi s'interpose alcun decreto. Ma che che sia della verificazione del suddetto albarano, come potrà nuocere al Berardi, quandochè nel tempo dell' istrumento della società non si era ancor fatto? La società si contrasse nel dì 25. del mese di Decembre dell' anno 1749.: l'albarano si scrisse 10. dì dopo. Or come potrà giovare allo Scaravaglione; e nuocere al Berardi quella scrittura, che non era al mondo? Ma di quel tempo esser potea nella mente dello Scaravaglione. Il

2 vo' conceder per ora. Ma dove si tratta di obbligare altrui, si deve attender solamente quel, che si è scritto nell'istrumento, non quel, che avea nell'animo uno de' contraenti: *Visum est*, dice la Ruota Romana (b), *extensionem non esse admittendam, quum agatur de materia obligatoria, nec aliud esse inquirendum praeter id, quod in instrumento est scriptum*. Oltrecchè, quando lo Scaravaglione avesse avuto nell'animo quel, che poi si spiegò

3 nell'albarano, dovea chiaramente esprimerlo nell'istrumento della società, e non usare quel parlar *perfusorio*, come il chiamano i Romani Giurisconsulti (c): *Nello scorso mese di Settembre prese l'affitto a pagare per ogni anno la somma descritta nello strumento: nel quale affitto è venuto a convenzione con Berardi di associarlo nel terzo*. Chi parla così, *rem totam non aperit, sed dissimulat*,

(a) *Marad. de liquid. instr. cap.* 12. *n.* 12. *ad* 15.
(b) *In recent. p.* 1. *dec.* 403. *num.* 1.
(c) *L. qui libertatis* 69. §. *pen. ff. de evict.*

lat, aut reticet aliquid, come scrive il Cujacio (a): e cotesto parlar *persusorio*, ed oscuro, dee nuocere allo Scaravaglione, per l' antica regola dataci da Papiniano (b): *Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, & qui locavit, nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere:* regola dal venditore, e dal locatore distesa a' contraenti di qualunque genere (c). Due illustri esempj di parlar *persusorio* trovo in un luogo di Modestino (d), e vi leggo le seguenti parole: *Generalis adjectio ad ea, quae specialiter novit qui vendidit, nec excepit, pertinere non debet, ne alioquin emtor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, emturus non esset:* cui, comentando il Baldo, scrisse: *Qui scit, debet clare, & specialiter loqui, non sub verbis generalibus, & confusis.*

Finalmente ostano agli eredi dello Scaravaglione le confessioni da costui fatte in giudizio. Non avendo lo Scaravaglione fatti al Principe di Tarsia i pagamenti convenuti nell'istrumento del dì 15. del mese di Novembre, ricorse più volte il Principe alla G. Corte della Vicaria, e domandò per più istanze, che lo Scaravaglione pagasse: e per più decreti della G. Corte confermati dal S. Consiglio, fu costretto a pagare. Il Principe di Tarsia chiaramente spiegò nelle sue istanze quel, che gli si dovea così per fitto, come per mutuo. E lo Scaravaglione, che oppose nelle sue? Oppose la soddisfazione di quanto dovea per tutto il primo anno, ed aggiunse, che aveva ancora pagato una parte di quel, che dovea per l'anno seguente. A mostrare l' intero pagamento per lo primo anno, produsse un bilancio scritto di mano del Berardi, ove

(a) *In L. veteribus 39. de pact. en lib. 5. quaest. Papin.*
(b) *In d. L. veteribus.*
(c) *Vinn. de pact. cap. 4. num. 20.*
(d) *In L. quaero 39. de act. emt.*

ove si legge: *Per quanto importa l' AFFITTO de' feudi, cioè Tarsia, Terranova, o Spezzano, terminato in Agosto, duc.* 6738. Per rispetto del mutuo, apertamente il distinse dalla *LOCAZIONE*, dicendo in un'istanza, che *prese in AFFITTO dal Pr. di Tarsia le Terre di Terranova, Tarsia, e Spezzano, alla ragione di duc.* 6738. 25. *per anni due, e duc.* 2000. *del saputo MUTUO*. Anzi in un'altra istanza disse *non essere seguito il pagamento del mutuo, e non dovere la somma pretesa*. Dunque confessò lo Scaravaglione in giudizio, che i 4000. ducati non eran parte del fitto, ma danaro, che gli si doveva per mutuo, e che cotesto danaro non si era da lui ricevuto. E come ora pretende, che sieno parte del fitto? Come ne pretende dal Berardi il terzo, se, non avendolo egli ricevuto dal Principe di Tarsia, non potea farne parte al Berardi? Le confessioni nocciono a chi le fa, massimamente quelle, che si fanno in iscritto, perchè si han come fatte più pensatamente (a): e quelle, che si fanno del fatto proprio; poichè, sebbene sia da presumere, che uom possa facilmente errare nel fatto alieno, non si presume però, che nel fatto proprio facilmente s' inganni: il perchè ben consenton le Leggi, che chi ha confessato un fatto non suo, possa venire contra la sua confessione; ma nol permettono a chi ha confessato il proprio fatto: *Etiamsi*, dice la Ruota Romana (*b*), *veniret contra confessionem [illegible]rum auctorum, nihilominus esset audiendus, quia, quum illa non versetur circa proprium factum confitentium, sed alienum, super quo error de facili cadere potuit, constito dè illo, adversus confessionem venit succurrendum*.

Nè mi si dica, che la confessione dallo Scaravaglione

(a) *Menoch. lib. 2. praesumpt.* 61.
(b) *In recent. part.* 14. *decis.* 105. *n.* 9.

ne fu fatta nella lite, che ebbe col Principe di Tarsia: e che la confessione nuoce solamente tra le stesse parti; poichè si vuol distinguere la confessione implicita, e tacita, dalla espressa. Della prima; è vero quel, che si dice: ma la seconda nuoce anche in altro giudizio, e tra diverse persone. Così maestrevolmente insegnò Anton Capece (a): *Licet confessio facta in una caussa probet in alia, etiam inter alias personas, tamen illud non habet locum in confessione implicita, nec etiam in confessione tacita.* E ciò tanto è vero, che, se abbia taluno espressamente 7 confessato qualche cosa in un giudizio, come testimonio; la confessione gli nuoce in altro giudizio, tuttochè in in esso sia principale. Così fu deciso nel Senato Mantuano appresso il Surdo (b): e tra le ragioni, in cui la decisione si appoggiò, vi fu la seguente, tratta da' veri principj della Romana Giurisprudenza (c): *Testis non potest impugnare ipsam depositionem, nisi arguat turpitudinem propriam, quod non licet, L. quum profitearis C. de rev. don. cap. inter dilectos de donat.: & nimis indignum est, quod proprio quis testimonio resistat, L. generaliter in fin. C. de non num. pec., & qui alii fraudem facit, fraudem patiatur, L. sed & partus §. 1. ff. de eo, quod. met. caus.*

(a) *Decis.* 71. *n.* 5.
(b) *Decis.* 309.
(c) *d. decis. n.* 16.

CAPO II.

Anche quando il mutuo sia simulato, e i 4000. ducati sien parte del fitto, secondochè dicesi nell' albarano, il Berardi non dee pagarne il terzo.

SIccome non ci è obbligazione senza consenso, così non ci è consenso senza scienza. Dunque, se io dimostrerò, che 'l Berardi non ebbe scienza dell' albarano, ne seguirà certamente, ch' e' non poteva esser per quello in alcun modo obbligato.

A mostrare, che 'l Berardi nol seppe, gioverà d' assai, che si mostri, che nol seppe nemmeno lo stesso Scaravaglione. De' testimonj prodotti dal Berardi, due dicono di aver pubblicamente inteso dire, che lo Scaravaglione dolevasi del Pr. di Tarsia, e del Dottor Romolo, che per *collusione* gli volean *truffare* duc. 4000: altrettanti di averlo inteso dire dal Prete D. Gennaro Scaravaglione, figlio d' Antonio, nell' anticamera del Principe della Scalea: sei altri di averlo inteso dire dal medesimo Antonio: le quali doglianze mostran chiaro, che l' albarano si fosse fatto, senzach' e' nulla ne sapesse. A coteste testimonianze, aggiunge gran forza un attestato del Notajo Filippo la Regina, testimonio, di cui lo stesso Antonio Scaravaglione nella presente causa si vale. Dice il Notajo, ch' essendosi da lui portato Antonio Scaravaglione, ed essendosi mosso il ragionamento de' duc. 2000., che pretendeva per lo primo anno il Principe di Tarsia, oltre il fitto convenuto nell' istrumento, *esso Scara-*

ravaglione disse, non saperne cosa veruna, nè aveva data facoltà alcuna al suo procuratore di stipulare altra scrittura con detto Sign. Principe, e che di questo ne volea far' ricorsi ne' Tribunali superiori.

Quel, che dicono i testimonj, si conferma per tre fortissime congetture. La prima è. Per l'albarano del dì 4. del mese di Gennajo si dichiarò l'animo dello Scaravaglione, e gran pregiudizio gli si fece, poichè dove colui per l'istrumento del dì 15. del mese di Novembre, ratificato nel dì 26, pagar dovea duc. 6738., fatto l'albarano, ne avrebbe dovuto pagare 2000. di più. Or si sa, che'l procuratore non può, senza special mandato, dichiarar l'animo del principale, o far cosa, onde al principale grave pregiudizio si apporti: e quandochè non ci sia quel mandato, richiedesi, che dal principal si ratifichi quel, che si è fatto dal procuratore (*a*). Era dunque mestieri, che s'inserisse nell'albarano il mandato speciale dallo Scaravaglione dato al Romolo, od almen si dicesse, in qual tempo, e da qual Notajo si era stipulato: o doveasi l'albarano ratificare, come fecesi dell' istrumento del dì 15. del mese di Novembre. Ma nel caso nostro manca del tutto il mandato speciale: manca del tutto il ratificamento dell'albarano. Che assi dunque a credere? E' comun sentimento de' Dottori, che'l mandato, e'l ratificamento dell'atto si debbon provare, e, nel dubbio, non si presumon mai (*b*). E' ancora dottrina ricevutissima, che la scienza, se non si provi concludentemente, non si presume (*c*). Dunque fino a che l'Avversario non provi il mandato speciale dato al Romolo, o'l

8 9 10

(a) *Golin. de procurat. p. 2. c. 4. n. 44. & 177.*

(b) *Mascard. de probat. vol. 2. concl. 1006. & vol. 3. concl. 1262.*

(c) *Gratian. discept. forens. c. 758. num. 9.*

o'l ratificamento, o la scienza dello Scaravaglione; la Legge vuol, che si creda, essersi fatto l'albarano dal Romolo senza saputa del principale: e nel caso nostro non basterebbe la scienza *presunta*, ma richiederebbesi una scienza certa ed indubitata, poichè avrebbe lo Scaravaglione perduto per l'albarano un diritto, che avea per l'istrumento acquistato, secondochè dirassi più giù.

11 La seconda congettura è. Non presume la Legge, che si sia fatto quel, che di rado si fa, ma quel, che

12 si fa il più delle volte (a). Or quando gli uomini vogliono spiegare nelle pubbliche scritture altro da ciò, che anno nella mente, senzachè quel, che quivi si esprime, rechi lor pregiudizio, qual cautela e' son soliti di usare? D'ordinario dichiarano l'animo loro in una privata scrittura, primachè si stipuli il pubblico istrumento. Non mai, o ben di rado, la dichiarazion dell' animo si fa dopo, che'l pubblico istrumento si è stipulato, dappoichè stipulato il pubblico istrumento, se uno de' contraenti non vuole, non si può costringere a dichiarare quel, che nel tempo dell'istrumento si è avuto nell' animo. Or essendosi fatto l'albarano ben cinquantadue giorni dopo l'istrumento, in cui si era promesso il mu-

13 tuo, che assi a presumere? Essendo le presunzioni non altro, che congetture tratte da quel, che più frequentemente accade, non si presumerà certamente, che nel tempo dell'istrumento avessero i contraenti avuto nell' animo cosa da dichiarare diversa da ciò, che nell'istrumento si espresse: e molto meno si presumerà da chi conosce il defunto Principe di Tarsia D. Ferdinando Vincenzo Spinelli. Era costui un accorto, e cauto Cavaliere sopra qualunque altro. Ed è verisimile, che un uomo sì accorto, e sì cauto avesse voluto per pubblica scrit-

---

(a) *L. 5. ff. de Leg.*

scrittura obbligarsi a dar 4000. ducati per mutuo, quandochè doveva esso ricevergli per fitto, senzachè ciò si fosse dichiarato avanti, ch' e' si obbligasse? E, non potendo il Principe di Tarsia, dopo fatto l'istrumento, astringer lo Scaravaglione a far l'albarano, è verisimile, che si fosse acchetato alla semplice parola, che gliene avesse data o lo Scaravaglione, o 'l Romolo? E' verisimile, che avesse voluto starne a fede del Romolo, o dello Scaravaglione quel Principe di Tarsia, che, dando a fitto i medesimi feudi al Barone D. Carlo Campagna, gentiluomo d' interissima fede, e, volendo nell' istrumento promettere un mutuo, che vero mutuo non era, non si credette cautelato a bastanza per la ben nota probità di colui; ma, primachè si facesse l'istrumento, volle, che 'l tutto si dichiarasse in un albarano, cui ha lo Scaravaglione istesso esibito? Ed è quì ancor da notare, che 'l Barone D. Carlo Campagna era vassallo del Principe di Tarsia, e ne' costui feudi possedea grandissima roba: onde, potendone temere, e sperare; difficilmente avrebbe mancato alla parola data: dove, per contrario, non gli era lo Scaravaglione suggetto in alcun modo; e perciò ben poteva impunemente deluderlo. Or se non volle il Principe di Tarsia seguir la fede di colui, che non gli avrebbe mancato, è da creder poi, che avesse tanto confidato in colui, che potea facilmente mancargli? Nò di certo. Dunque non si fece l'albarano prima dell'istrumento, perchè nel tempo dell'istrumento non avea nè 'l Principe di Tarsia, nè lo Scaravaglione cosa nell' animo da dichiarare: ed avea ben donde dolersi lo Scaravaglione del tradimento, che 'l Romolo gli avea fatto. E poichè dell'albarano fatto tra 'l Principe di Tarsia, e 'l Baron Campagna, si è fatta menzione, se ne tragga, primachè oltre si passi, un altro argomento in confermazione della prima congettura.

Da

Da cotesto albarano ricava il dotto Avversario, che 'l Principe di Tarsia, dando a fitto i suoi feudi, era solito di simulare un mutuo per suoi fini: ed io dallo stesso albarano raccolgo, che dell' albarano fatto tra 'l Principe di Tarsia, e 'l Dott. Romolo, nulla seppe lo Scaravaglione. In quello intervenne, in nome del Baron Campagna, D. Michele Ripa con mandato speciale a quell' atto, ed espressamente si disse, che 'l mandato si era stipulato per lo Notajo Francesco Tomasolo, e conservavasi dal Notajo Niccolò Gambardella. Se dell' albarano fatto col Baron Campagna l'Avversario si vale, come di pruova della simulazion del mutuo; dee parimenti esser lecito a me di valermene, come di pruova di quel, che avevasi a fare, perchè l' albarano fatto col Romolo si credesse fatto colla scienza, e col consentimento dello Scaravaglione. Aggiunge gran lume a quel, che si è detto, la seguente riflessione. Quando si ponga, che l' albarano col Romolo si fosse fatto di consenso dello Scaravaglione, poichè non ci ha ratificamento fattone da costui, assi ancora necessariamente a presupporre, che avesse il Romolo antecedentemente scritto allo Scaravaglione, che 'l mutuo era simulato, e che doveasi dichiarare, esser quello parte del fitto. Or quando il Romolo mandò allo Scaravaglione l' istrumento del dì 15. del mese di Novembre, onde lo Scaravaglione il ratificasse, certamente gli scrisse circa 'l mutuo; perchè colui nel medesimo giorno, nel quale ratificò l' istrumento (fu cotesto il dì 26. dello stesso mese) fece per mano del Notajo Filippo la Regina suo procuratore ad esigere i ducati 4000. il Dottor Romolo. Se 'l Romolo gli avesse scritto, od avesse colui altronde saputo quel, che circa que' medesimi 4000. ducati avevasi a dichiarare nell' albarano, l'avrebbe nello stesso dì fatto suo special procuratore anche a quell' atto: tanto più, che non doveasi

veasi menare in lungo: e seguì di fatto in capo a nove giorni.

La terza congettura è. Importava d'assai allo Scaravaglione di far noto al Berardi, che i 2000. ducati, promessigli nell'istrumento, eran parte del fitto, secondochè si sarebbe dichiarato in un albarano da stipularsi tra 'l Principe di Tarsia, e 'l suo procuratore: e gl' importava di avere onde provarlo, altrimenti avrebbe esso solo pagato quella considerevole somma, di cui doveva il Berardi pagar, come socio, il terzo. Ma lo Scaravaglione nulla ne disse nell'istrumento, nulla in altra privata scrittura. E perchè? Forse, perchè nol volle? E chi è, che non voglia fare il suo pro? Forse, perchè volle starne a fede del Berardi? E chi è, che tanto confidi in un fratello, od in un proprio figliuolo? Dunque assi a credere, ch'e' nulla ne disse, perchè nulla sapea di quel, che nove giorni dopo si dichiarò per l' albarano.

Or se dell' albarano non ebbe scienza lo Scaravaglione, molto meno l' ebbe il Berardi: e dato, che lo Scaravaglione l' avesse avuta, certamente il Berardi non l'ebbe. Che non l'avesse avuta il Berardi, si prova per quella stessa terza congettura, onde si è provato, che non l' ebbe lo Scaravaglione. Non è verisimile, che si fosse lo Scaravaglione contentato di far nota al Berardi la simulazion del mutuo in modo, che potesse il Berardi negar di saperla. Quandochè glie ne avesse data la notizia, verisimilmente l' avrebbe fatto per una privata scrittura, od almeno alla presenza di due, o tre testimonj; ma nè testimonj, nè scrittura vi adoperò: dunque è da presumere, che non gliene diè notizia alcuna: e se non glie la diè lo Scaravaglione, cui solamente importava di dargliela, molto meno è da credere, che altri glie l'avesse data. Lo stesso ancora si prova per una *protesta* del Berardi, e per la risposta dello

Scaravaglione. Avendo il Principe di Tarsia chiamato in giudizio lo Scaravaglione, come nel I. Capo di questa Scrittura si è detto, lo Scaravaglione mandò suo figlio in Napoli, ed indusse ancora il Berardi a venirvi per assistere alla lite. Or, il Berardi, prima di mettersi in viaggio, fece appresso gli atti del Notajo Giuseppe Barletta una *protesta* nel dì 7. del mese di Marzo dell' anno 1751. Disse in essa, che i duc. 6738. erano il fitto, i 2000. erano un mutuo promesso per dote de' feudi: che esso avea contratta società collo Scaravaglione per la terza parte de' soli 6738: che tanto, e non più avea pagato; e che non avea lo Scaravaglione *preteso da lui somma maggiore*: che aveva inteso, che 'l Principe di Tarsia pretendeva dallo Scaravaglione, oltre i 6738, anche i 2000. in virtù d'un albarano: che lo Scaravaglione diceva, essersi fatto quell' albarano *senza suo ordine, e mandato*: e finalmente conchiuse, dovere il pagamento de' suddetti duc. 2000. *andare a carico di esso Scaravaglione*, senzachè esso Berardi *fosse tenuto a contribuire cos' alcuna*. Primachè si venga alla risposta dello Scaravaglione, io, su la protesta del Berardi, rifletto così. Troppo chiaramente disse il Berardi di non saper nulla della simulazion del mutuo, e della dichiarazion fatta nell' albarano: il disse in iscritto, e 'l disse volendo, che quella scrittura si notificasse allo Scaravaglione. Or se gliene avesse lo Scaravaglione data antecedentemente la notizia, non è verisimile, che 'l Berardi in una scrittura, la qual dovea di sua volontà venir nelle mani dello Scaravaglione, avesse con tanta franchezza detto di non saperne nulla; poichè ne sarebbe stato di leggieri vergognosamente smentito. Ora fu, come volle il Berardi, notificata la protesta allo Scaravaglione. E costui, che rispose? Forse, che aveva egli fatto sapere al Berardi la simulazion del mutuo? che l'albarano si era fatto

di

di suo ordine, e colla scienza del Berardi? e che 'l Berardi, oltre il terzo de' duc. 6738., di già pagato, restava debitore del terzo degli altri annui 2000.? Così avrebbe dovuto lo Scaravaglione rispondere, se falso era quel, che diceva il Berardi: e gl' importava di risponder così, altrimenti potea quella protesta servire al Berardi di pruova per non pagare. Ma lo Scaravaglione non rispose così: ed usando il suo solito parlar *perfusorio* ed oscuro, e nulla dicendo o del fitto, o del mutuo, o dell' albarano, o della scienza del socio, solamente rispose, che, *ferendo la pretensione del Sig. Principe l' affitto: e questo, essendosi communicato al Berardi per terza parte, ogni ragion volea, che siccome esso Berardi entrava nel terzo di tutti li lucri, così entrasse nel terzo di tutte le spese*: e come per cotesta risposta non oscuramente mostrò, che nulla si era detto al Berardi della simulazion del mutuo, e della dichiarazion fatta nell' albarano; così nel corso del giudizio il confermò, nella credenza, che 'l fitto era la somma di duc. 6738., e che 'l mutuo era vero, ma non era seguito, come disse nelle sue istanze.

Ma 'l dotto Avversario pretende, che 'l Berardi avesse avuto scienza della simulazion del mutuo, e molte pruove ne reca in mezzo. Primachè io mi faccia ad esaminarle, giova di proporre quel, che circa la pruova della scienza anno scritto i Dottori. La scienza o dicesi 14 *presunta*, e *congetturale*, o dicesi *espressa*, *certa*, ed *indubitata*. La prima è quella, che provasi per presunzioni e per congetture, le quali, comecchè c' inchinino a credere, che abbia taluno avuto scienza di qualche cosa, nondimeno ci lascian sempre qualche dubbiezza nell' animo: la seconda è quella, che provasi per iscritture, o per testimonj di certa fede. Posto ciò, è dottrina nel foro ricevutissima, che quando la scienza del reo è 'l

fondamento della intenzion dell' attore, non basta la pruova *presuntiva*, ma richiedesi pruova certa ed indubitata. Così la Ruota Romana (*a*): *Quum intentio consistat in hac scientia, debet plene, & concludenter probari . . . . non autem praesumtive*. Così ancora il Card. de Luca (*b*): *Requiritur vera, & certa scientia, cujus concludens probatio facienda est per eum, qui eam allegat, tanquam fundamentum suae intentionis; quoniam . . . . pariter recepta est altera propositio . . . ut probatio praesumtiva non admittatur in iis, quae sunt fundamentum intentionis*. Non men ricevuta nel foro è quell' altra dottrina, che dove assi a provar la scienza, perchè taluno non acquisti un diritto, e generalmente perchè non faccia alcun lucro, basta la pruova *presuntiva*: ma, dove assi a provare, perchè talun cada in pena, o perda un diritto acquistato; e generalmente perchè abbia a soffrire alcun grave pregiudizio, la pruova *presuntiva* non basta, ma è necessaria una pruova sì certa, che non lasci dubbio nella mente del Giudice. Distinse il Riccio (*c*) cotesti due casi, *unum quando agitur de probando aliquo delicto ad effectum privationis rei, seu juris jam quaesiti....alterum, quando tractatur de lucro, seu amissione juris quaerendi*, e soggiunse: *In primo necessaria est plena, & concludens probatio, etiam si civiliter agatur . . . in secundo sufficit probatio praesumta*: e confermò cotesta dottrina per molte decisioni. Non altrimenti la Ruota Romana (*d*): *Quum agitur de amissione juris jam quaesiti, requiritur certa & indubitata scientia, nec praesumta videtur sufficere*. E più chiaramente, che al-

(a) *In recent. p. 5. tom. 1. dec.* 103. *n.* 23.
(b) *De benef. disc.* 65. *n.* 10. & 11.
(c) *Collectan.* 1459.
(d) *In recent. p.* 2. *dec.* 593. *n.* 4.

altri, l'accuratissimo Card. de Luca (a): *In graviter praejudicialibus, non sufficit scientia praesumta, vel conjecturalis, sed debet esse expressa, & concludenter probata per actus univocos, ac bene concludentes, non autem vagos, & aequivocos*. Poichè dunque la scienza del Berardi è 'l fondamento della intenzione degli avversarj, e si vuole per essa, che colui si condanni a pagare il terzo di ducati 4000., cosa, come ciascun vede, di gravissimo pregiudizio; si esamini, se le pruove siano tanto certe, quanto certe in cotesto caso le vogliono i Dottori.

Filippo la Regina, Luzio Fazio, Gennaro Pandolfo, e 'l prete D. Carlo Regina, testimonj prodotti dallo Scaravaglione, dicono di sapere, che 'l Berardi ebbe scienza della simulazion del mutuo. Si aggiunge un attestato del Dottor Lorenzo Piesco Governadore della Rotonda, il qual dice, che, presenti i quattro suddetti testimonj, seppe la medesima cosa.

Sarebbe questa una pruova *concludente*, s'e' dicessero, che alla lor presenza fu data quella notizia al Berardi. Ma i quattro testimonj dicono di aver inteso dire da D. Carlo Spinelli, che aveva egli aperto al Berardi il segreto: ed è cosa troppo nota, che a' testimonj, che dicono di aver inteso da altrui, non si dee prestar credenza. Non dice altrimenti l'autore dell'attestato. Dice costui, che ad istanza di Antonio Scaravaglione pregò D. Carlo Spinelli, che alla presenza de' soprannominati quattro testimonj avesse detto quel, ch' *era passato per le di lui mani col Principe di Tarsia, collo Scaravaglione, e col Berardi*: e che 'l suddetto D. Carlo rispose, che i duc. 4000. eran parte del fitto, e che di ciò aveva egli dato notizia al Berardi. Quando agli attestati 15 tanto si avesse a credere, quanto a' testimonj esaminati

dal

(a) *De cred. disc. 75. n. 3.*

dal Giudice contr' a ciò, che ad un Proconſolo della Macedonia reſcriſſe l'Imp. Adriano (*a*); pur nulla gioverebbe l'atteſtato del Governadore della Rotonda, come contenente quel, che 'l Governadore inteſe dire da altrui. In ſomma, i detti di que' quattro teſtimonj, e l'atteſtato del Governadore, non poſſono valer più, che 'l detto dello ſteſſo D. Carlo Spinelli, la cui teſtimonianza, come teſtimonianza d'un ſolo, non varrebbe per nulla ne' giudizj, e nel foro. Anzi, ſe ſi foſſe prodotto per teſtimonio eſſo D. Carlo, almen coſtui non avrebbe detto coſe contrarie, come le diſſer coloro. Non ſono i teſtimonj, e 'l Governadore d'accordo nè circa 'l tempo, nè circa 'l modo. Per riſpetto del tempo, Filippo la Regina, deponendo ſul quinto *articolo*, dice di aver inteſo da D. Carlo Spinelli, che *allorchè fu pregato dal Berardi per farlo aſſociare*, *gli ſpiegò*, *e dichiarò ogni coſa*, *che ſi era convenuta*. Secondo il detto di coſtui, ſeppe il Berardi la ſimulazion del mutuo, primachè faceſſe l'iſtrumento collo Scaravaglione. Per contrario, Luzio Fazio, deponendo ſul medeſimo *artic.*, dice d'avere inteſo da D. Carlo, che aveva al Berardi dichiarata ogni coſa, *dopo eſſere ſtato aſſociato:* e coteſto *dopo*, ſecondochè atteſta il Governadore, fu lo ſpazio di molti giorni; poichè dice, che l'albarano fatto in Napoli 9. dì dopo l'iſtrumento della ſocietà, come venne nelle mani di D. Carlo Spinelli, riſedente nella terra di Pappaſidero, *eſſo D. Carlo mandollo ſubito all' intereſſati Scaravaglione*, *e Berardi*. Per riſpetto del modo, dicono tre teſtimonj di avere inteſo dire da D. Carlo, che aveva egli *conſegnato* l'albarano al Berardi: il quarto teſtimonio, e 'l Governadore, dicono di aver inteſo dire, che D. Carlo glie l'avea non *conſegnato*, ma *mandato:* le quali due voci non vaglion

(a) *In L. 3. §. 3. ff. de teſt.*

glion lo stesso, nè producono il medesimo effetto. E di vero è molto più *consegnare*, che *mandare*. Se legittimamente si provasse, che D. Carlo Spinelli *consegnò* l' albarano al Berardi, mal potrebbe costui negare di aver saputa la simulazion del mutuo: ma quando *concludentemente* si provasse, che D. Carlo gliel *mandò*, ben potrebbe negare il Berardi, che gli si fosse consegnato da colui, per lo qual fu mandato.

Ci son due altri testimonj dallo Scaravaglione prodotti, Giuseppe di Leo, e Francescantonio Bianchemani. Dice il primo di aver letto l'albarano datogli a leggere dal Berardi. Ma cotesto testimonio è 'l solo, che così dice: e seguentemente al Berardi non nuoce (a). Il secondo poi giova tanto al Berardi, che par che sia stato dal Berardi prodotto. E' dice, che 'l mutuo promesso dal Principe di Tarsia al Baron Campagna, fu parte del fitto: indi, parlando del mutuo promesso allo Scaravaglione, soggiunge: *Ed un tal discorso l' ho più, e più volte fatto col suddetto Domenico Berardi, e l' ho sempre esagerato, che un tale impronto non poteva aver luogo, ma che era appunto siccome al trattato avuto col detto D. Carlo Campagna*. Che significa quel, che dice il Bianchemani, che, ragionando egli col Berardi, *gli avea sempre esagerato*, che 'l mutuo era parte del fitto? *Esagerare*, prendesi quì nel volgar significato di *studiarsi di persuadere qualche cosa ad altrui*. Or si sa, che le persuasioni si adoperano con coloro, che intendono altrimenti la cosa. Dunque, se 'l Bianchemani si sforzava di mostrare al Berardi, che 'l mutuo era parte del fitto, assi necessariamente a credere, che 'l Berardi l' avea per vero mutuo: e seguentemente il Bianchemani dice, che 'l Berardi non avea scienza dell'albarano. E cotesto testimonio, come quegli, ch' è stato dallo Scaravaglione pro-

16

(a) *L. 9. C. de test.*

prodotto, dee provar contra lui.

E quì mi giova di tornare all'attestato del Governadore della Rotonda. Quivi si legge, che, dappoichè avea D. Carlo Spinelli mandato l' albarano al Berardi, pretendea costui di non dover pagare il terzo de' ducati 4000.: ma che 'l suddetto D. Carlo *più volte gli avea fatto sentire, che avea torto:* e che, ragionando dappoi col *Dottor fisico Biagio Berardi, figlio di detto Domenico*, l' avea fatto ricredere *dell' errore appreso dal padre colla manifesta inverisimilitudine, che se l' affitto fosse stato di ducati 6738., e non 8738., sarebbe stato il Principe di Tarsia imprudente in far lucrare all' affittuarj annui* 4000. Quì si parla di *errore* preso dal Berardi, e per isgannarlo, si adoperano argomenti tratti dal verisimile. Ma se o lo Scaravaglione, o D. Carlo Spinelli avesse, come si conveniva, chiaramente spiegato al Berardi, che i 4000. ducati eran parte del fitto, come poteva il Berardi cadere in errore? e per cavarnelo, qual bisogno vi era di trarre argomenti dal verisimile? A cotesto modo si prova la scienza *presunta:* e questa ha luogo, dove manca la certa. Dunque, secondo quel, che dallo stesso Scaravaglione si è provato, la cosa si trattò col Berardi *perfusoriamente*, ed *oscuramente:* e se è così, deesi giudicare contra lo Scaravaglione per la soprammentovata regola di Papiniano (*a*).

Ora, se 'l mutuo fu vero, come lo Scaravaglione in giudizio confessò: se, giusta la medesima confessione, il mutuo *non seguì*, e per conseguente non fu speso in *dote de' feudi:* se, anche posta la simulazion del mutuo, lo Scaravaglione, non che 'l Berardi, non n' ebbe alcuna scienza; che si pretende oggi dal mio cliente?

Di Casa il dì 13. del mese di Agosto
dell' anno 1755.

Per

(a) *In d. L. veteribus.*

Per D. Michele, e D. Gennaro Pisani contr'al Conte di Melisa.

ARGOMENTO.

I. Si esamina la *L. emtorem 9. Cod. de locato, & conducto*, e si mostra, che tale Legge non devesi estendere al successor singolare *necessario*.

II. Se, e quando, il successor singolare sia tenuto di stare alla locazion celebrata coll' antecessore; e distinguesi tra 'l successor *volontario*, e 'l successor *necessario*.

SOMMARIO.

1 LA L. emtorem 9. Cod. de locato, & conducto, *non devesi estendere al successor singolare* necessario: *Ved. i num. seg.*

2 *Se 'l successor singolare sia tenuto di stare alla locazion celebrata coll' antecessore: e distinguesi tra 'l successor* volontario, e 'l *successor* necessario.

3 *La moglie, sciolto il matrimonio, dee stare all' affitto del fondo dotale fatto dal marito.*

4 *Il successor singolare* volontario, *non è tenuto stare alla locazion celebrata coll' antecessore:* Ved. i num. seg.

5 *Della ragione della differenza tra 'l successor* necessario, *e 'l successor* volontario; *onde il primo sia tenuto, e 'l secondo non sia tenuto di stare alla locazion celebrata coll' antecessore:* Ved. il num. seg.

7 *Migliore è la condizione di chi vuole evitare il danno, che di chi vuole far lucro.*

8 *Il fedecommessario chiamasi successor* necessario.

9 *Ne' fedecommessi semplici, e ne' majoraschi d' Italia si*

succede per trasmissione *dall' erede gravato al fedecommessario. Ne' majoraschi di Spagna, succedesi immediatamente all' istitutore:* Ved. il num. seg.

10 *I majoraschi d' Italia sono semplici fedecommessi in grazia de' primogeniti, e si regolano secondo il jus comune.*

11 *Il fedecommessario deve stare alla locazion fatta dal gravato, se di costui sia erede:* Ved. i num. seg.

12 *Dove il fedecommessario sia erede del gravato, dee stare al fatto del defunto:* Ved. il num. seg.

14 *All' erede, che voglia contravvenire al fatto del defunto, osta l' eccezione del dolo malo.*

15 *Il fatto proprio osta a chicchessia.*

16 *La locazione di tempo lungo, non si ha per alienazione:* Ved. i num. seg.

17 *In qual caso la dazione dell' usufrutto si ha per alienazione.*

18 *Della differenza, che è posta tra la proibizion di alienare apposta al testamento, e la proibizion di alienare apposta al contratto; e de' loro diversi effetti.*

19 *L' enfiteusi può farsi anche per anni diece.*

20 *Dal consenso permessivo, si trae la tacita rinunzia del proprio diritto.*

21 *Se, e quando, il fedecommessario abbia a stare alla locazion celebrata dall' erede gravato, o dall' antecessor fedecommessario.*

ALLEGAZIONE VIII.

NElla Scrittura del dì 21. del mese di Febbrajo del discorrente anno 1761. si è dal mio dottissimo Collega chiaramente mostrato, essere il Conte di Melisa tenuto di stare al contratto, in virtù di cui la Principessa di Strongoli sua madre diè nell' anno 1754. a fitto le tenute di Casapesella, di Torre Bonito, e d' Isola

a D.

a D. Gennaro, e a D. Michele Pisani, tuttochè succeda in quelle non com' erede di sua madre, ma come nominatamente chiamato al fedecommesso primogeniale istituito dal Duca dell' Isola D. Andrea Bonito. Si è quivi maestrevolmente esaminata la *L. emtorem C. de locat.*, la quale, a prima giunta, par che osti a' conduttori, come quella, onde si trae la volgarissima regola: *Novus dominus, novus colonus:* e si è provato, che, secondo l' eccezioni in quella Legge medesima proposte, anzi lor giova, che nuoce. Ma conviene, che le si faccia una giunta.

1 Dalla *L. emtorem*, non si può trarre regola generale, che a qualunque nuovo padrone dia il diritto di mandar via il colono. Parla quella Legge del *compratore*, vale a dire di un nuovo padrone, che riconosca il dominio da un fatto volontario dell' antecessore: il perchè non è da estendere al nuovo padrone, che non per un fatto volontario dell' antecessore, ma per necessità di Legge succede nella roba: e cotesto intendono i Dottori, quan- 2 do nella controversia, se 'l successor singolare sia tenuto di stare alla locazion celebrata coll' antecessore, distinguono tra 'l successor *volontario*, e 'l successor *necessario*, chiamandolo *necessario*, o *volontario* non per rispetto di esso successore, in cui la cosa si trasferisce, ma per rispetto dell' antecessore, che o per necessità di Legge, o di sua volontà trasferisce la cosa (a). A cotesto modo fu 3 la suddetta *L. emtorem* interpetrata dal Bartolo, il quale, dopo di avere insegnato a tenore del testo di Paolo nella *L. si filiofam. 26. §. si vir ff. solut. matrim.*, che, sciolto il matrimonio, dee la moglie stare all' affitto del fondo dotale fatto dal marito, si oppose alcune Leggi con-

(a) *Bald. in L. divortio* 21. *ff. solut. matrim. num.* 6. *Surd. Decis.* 285. *n.* 18. *Pacion. de locat. cap.* 61. *n.* 58.

trarie, e nominatamente la *L. emtorem*: indi, seguendo la dottrina della Glosa, rispose (*a*), *Hic* (cioè nella *L. si filiofam.*) *in successore, ad quem quis cogitur ex necessitate transferre: in contrariis vero transferebatur ex voluntate*. La medesima distinzione usarono gli altri, tra' 4 quali è 'l dotto Pietro Barbosa, le cui parole giova, che si trascrivano (*b*): *Regula, quae habet, particularem successorem non teneri observare locationem factam per praedecessorem, L. emtorem 9. C. de locato, intelligenda est de successore voluntario, prout est emtor rei locatae: nam si successor sit necessarius, non procedit praedicta regula, sed is successor tenetur observare locationem factam per praedecessorem*: e soggiunse, esser cotesta distinzione, *com-* 5 *munem regulam & conclusionem*. La ragion della differenza, nasce dal seguente testo del giurisconsulto Cajo (*c*): *Qui fundum fruendum, vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex caussa fundum, vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione & colono frui, & inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*. Ecco, che 'l colono, o l'inquilino ha l'azione contr' al locatore, che, durante il tempo della locazione, vende altrui il fondo, o la casa. E come gli si può negar l'azione, se per un fatto volontario, e seguentemente per colpa del locatore non gli è più lecito di godere del fondo, o d' abitar nella casa? Ma cotesta azione non gli competerebbe, se, durante il tempo dell' affitto, si trasferisse per necessità di Legge il dominio dall' antecessore nel successore, come avverrebbe, se 'l fondo, o la casa per decreto si aggiudicasse al creditore, o dal gravato al fedecommessario si

(a) *In d. L. si filiofam. §. si vir.*
(b) *In d. L. si filiofam. num. 1.*
(c) *In L. si merces 25. §. qui fundum 1. ff. locat.*

si restituisse; poichè non sarebbe giusto, che 'l locatore, senza sua colpa, fosse tenuto di rifar l'interesse al colono, od all' inquilino: e non competendo all' inquilino, od al colono azione, non può la Legge permettere, che lasci anzi tempo la casa, o 'l fondo. Così ragiona il 6 sopraccitato Barbosa (*a*): *Ideo successor voluntarius non tenetur stare colono, quia imputandum est venditori, qui voluntarie rem vendidit, & neque pactus est, quod colonus non expelleretur, prout potuit, & debuit pacisci, d. L. emtorem, L. si merces 28. §. 1. sup. locati, vel aliter jus coloni reservare, L. si mercedem §. fin. sup. de action. emti: quae ratio cessat, quando quis succedit ex necessitate, & etiam invito locatore: & ideo quum nihil ei imputari possit, succurritur colono, ne alias expulsus, locatorem culpa carentem, obliget ad interesse.* E si vuol quì parimente osservare, che nel caso del successor necessario, altri intende di far lucro, altri intende di evitare il danno. Il successore, che vuole mandar via dalla casa, o dal fondo l'inquilino, o'l colono, nol può volere per altro fine, che per far lucro: per contrario, il colono, o l'inquilino, non avendo azione contr'al locatore, sarebbe in danno, e in danno ancora sarebbe il locatore, se, essendosi senza sua colpa trasferito il dominio in altrui, fosse tenuto all'interesse del conduttore. Or si sa, 7 che per Legge migliore è la condizione di chi vuol'evitare il danno, che di chi vuole far lucro (*b*).

Posti cotesti principj, come si può pretendere, che D. Gennaro, e D. Michele Pisani lascino anzi tempo i fondi, che tolsero a fitto dalla Principessa di Strongoli? Il Conte di Melisa è succeduto in que' fondi alla Principessa sua madre, non perchè ne abbia costei per alcun suo

(a) *Loc. cit.*

(b) *L. rerum* 11. *§. ult. ff. de minor.*, *& ibi Bart.*

suo fatto volontario trasferito in lui il dominio, ma in virtù del fedecommesso istituito dal Duca D. Andrea, seguentemente è successor necessario, come nella Scrittura del dì 21. del mese di Febbrajo ha 'l mio dottissimo Collega chiaramente mostrato, spezialmente per l' autorità del Pacione, che, dopo il Peregrino, e 'l Fusario, scrive (a): *Fideicommissarius est de successoribus, in quos fit translatio de necessitate: & sic applicatur declaratio, quod etiam successor singularis, quando est necessarius, tenetur stare locationi per antecessorem factae.*

8

Ma 'l fedecommesso istituito dal Duca D. Andrea, è un majorato, non già un semplice fedecommesso: ed, a giudizio di molti Dottori, è da por differenza tra l' uno, e l'altro. Ne' semplici fedecommessi si succede *per trasmissione* dall' erede gravato nel fedecommessario, il quale, ricevendogli dalla mano del gravato (*b*), è giusto, che abbia per buono il contratto di colui. Per opposito, ne' majoraschi si succede non *per trasmissione* dal gravato nel fedecommessario, sicchè costui dalla man di colui gli riceva; ma, tolto di mezzo l'ultimo possessore, si succede immediatamente alla persona dell' istitutore.

9

10 Rispondo, esser ciò vero ne' majoraschi istituiti secondo le Leggi particolari della Spagna, non ne' majorati dell' Italia, i quali altro non sono, che semplici fedecommessi in grazia de' primogeniti, e si regolano secondo il jus comune. Ne renda testimonianza il Torre, che de' majoraschi Italici scrisse meglio, che altri. Le sue parole sono (c): *Eadem regula formanda est in praesenti facti specie, in qua quaeritur, an successor in primogenitura*

(a) *De locat. cap. 61. num.* 145.
(b) *L.* 2. *ff. ad S.C. Trebel. L.* 15. *C. de fideicom.*
(c) *De succes. in majorat. p.* 2. *q.* 7. *a num.* 28.

ra teneatur stare locationi factae per antecessorem, quod, si agatur de primogenitura, & majoratu in Hispania condito, successor non teneatur stare colono, quia, vigore Legis Thaurinae, capit bona vinculata non tanquam successor gravati, sed ex persona primi fundatoris, perinde ac si bona essent vacantia: & eo casu, quia possessio, quae continuatur in successorem, talis est naturae, ut secum trahat, ne dum civilem, sed etiam naturalem possessionem, & plenum dominium absque ulla transmissione mediante persona antecessoris, ideo non est inconveniens, quod non teneatur stare locationi per antecessorem factae: si vero agitur de majoratu, vel primogenitura Italiae, tunc, quia possessio, quae ex Italicis statutis transfertur, non est naturalis, sed civilis, & defertur per viam transmissionis de una persona in aliam, & sic ab ea est difformis, quae defertur per Leges Thauri, aequum est, quod successor debeat stare locationi factae per antecessorem eo modo, & forma, prout alii fideicommissarii stare tenentur secundum consuetudinem nostrarum partium, cum quibus praesumuntur conditores primogeniturae voluisse se conformare. Dovea dunque il Duca D. Andrea espressamente dichiarare, che intendea di fondare un majorato a tenor delle Leggi della Spagna. E tanto è lontano, che avesse ciò dichiarato, che anzi espressamente scrisse in più luoghi dell'istrumento, ch'e' sottoponeva i suoi beni *a perpetuo fedecommesso:* e che volea, che *per via di fedecommesso* vi succedessero i chiamati.

Si aggiungano ora due cose, che ostano, più che altre, al Conte di Melisa. La prima è, che si è dichiarato erede della Principessa sua madre, la quale, oltre l'obbligo nascente dalla natura del contratto, espressamente si obbligò nell'istrumento dell'affitto *di manutenere, e difendere i magnifici di Pisani in detto affitto, DURANTE IL TEMPO SUDDETTO, e da quello non amo-*

amovergli, *nè fargli amovere per qualsivoglia causa*, obbligando parimente nel principio, e sul fine dell' istrumento *i suoi eredi e successori*, *e tutti i suoi beni*. Come dunque competerebbe azione a' conduttori contra la Principessa, se costei pretendesse quel, che pretende oggi il suo erede, così ora, che l' erede il pretende, dee competer loro contra l' erede. Nè perchè i fondi dati a fitto non si appartengono alla eredità della Principessa,
11 ciò può difender l' erede. Trattò cotesto caso Giambatista Ciarlino. Cosimo d' Austria avea dato a fitto un suo podere ad Ottavio Calzolari. Morì Cosimo, durante il tempo dell' affitto. Il di lui fratello Siro, come chiamato ad un antico fedecommesso, che quel podere comprendea, pretese, che 'l conduttore andasse via: ma Siro erasi dichiarato erede di Cosimo. Tanto bastò, perchè 'l Ciarlino francamente scrivesse (*a*): *Si velit considerari*, *ut heres*, *quum debeat ratum habere factum defuncti*, *nec illi possit contravenire*, *certum est*, *teneri etiam stare di-*
12 *ctae locationi*. Si aggiunge, che anche quando il gravato avesse distratto la roba soggetta al fedecommesso (ch' è molto più dell' averla semplicemente data a fitto) l' erede del gravato non può contravvenire al fatto del defunto, giusta la comune opinion de' Dottori, secondo cui, per testimonianza del Fusario (*b*), si è più volte giudicato nelle Ruote di Lucca, di Bologna, e di Roma: e lo stesso comunemente s' insegna anche ne' majorati (*c*), ne' quali, giusta le Leggi della Spagna, maggiore è 'l diritto de' chiamati, che ne' semplici fedecommessi. Nè coteste sono semplici opinioni di Dottori, so-
13 no massime indubitate di Legge. Il giurisconsulto Ul-
piano

(a) *Controv. lib.* 1. *c.* 93. *num.* 1.
(b) *De subst. q.* 557. *num.* 1.
(c) *In cit. q. num.* 3.

piano chiaramente insegnò (*a*), che se colui, ch'è tenuto di evizione o per la sua persona, o com'erede d'altrui (che per Legge è lo stesso) istituisca azione; l'eccezione l'esclude: e gl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano rescrissero (*b*), che all'erede, che voglia contravvenire al fatto del defunto, osta l'eccezione del dolo malo. La seconda cosa è, che 'l Conte di Melisa approvò l'affitto, che la Principessa sua madre avea fatto. Nell'anno 1760. prese la Principessa a mutuo dal Monte de' Gionti la somma di duc. 5200., ed all'istrumento intervenne il Conte di Melisa emancipato dal Principe suo padre sin dall'anno 1752.: e perchè volle il Monte per sua maggior cautela, che si obbligassero D. Gennaro, e D. Michele Pisani, anche costoro v' intervennero. Così nell'istrumento del mutuo fu mestieri, che si esprimesse tutto il tenore dell'istrumento dell'affitto: e la Principessa, e 'l Conte offerirono al Monte l'obbligo de' conduttori. Ecco, che osta al Conte di Melisa non solo il fatto della Principessa, di cui è erede, ma ancora il proprio fatto, al quale molto meno può contravvenire per un altro bel luogo dello stesso Ulpiano (*c*).

14

15

Resta a sciorsi un' altra difficoltà. La locazione *ad longum tempus*, è una specie di alienazione, come quella, che trasferice nel conduttore il *jus in re*: e 'l tempo lungo, per comun sentimento de' Dottori, è lo spazio di dieci anni. Ma le tenute date a fitto per dodici anni, come soggette al majorato istituito dal Duca D. Andrea, non si poteano alienare. Dunque l'affitto da principio fu nullo.

A cotesta opposizione si risponde in più modi. L 16

 E' un

(a) *In L. vindicantem 17. ff. de evict.*
(b) *In L. quum a matre 14. C. de rei vind.*
(c) *In L. post mortem 25. ff. de adopt.*

E' un errore il credere, che la locazione per 10. anni sia alienazione. So, che 'l più de' forensi insegnan così: ma che può valere l'autorità loro contra la Legge? Abbiam noi una Costituzione dell' Imperador Giustiniano, che, parlando dell'*alienazione* vietata o dalla Legge, o dall' uomo, la distese oltre il proprio significato: con tutto ciò non ebbe l'ardimento di estenderla alla locazione *ad longum tempus*. Eccone le parole (a): *Sancimus, sive Lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse probibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus probiberi: similique modo & servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractus, nisi in his tantummodo casibus, in quibus Constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit*. La maggiore estensione è in quella parte della Legge, ove sotto la voce *alienazione* si comprende la *dazione dell' usufrutto*: e pure, a giudizio de' dotti interpreti, la *dazion dell' usufrutto*, allora si ha per alienazione, quando sia a vita dell' usufruttuario, nel qual caso l' usufrutto è *jus in re aliena*, non quando sia a certo tempo, od a vita del concedente, poichè allora, anzi che *jus in re aliena*, è un mero *comodo di percepire i frutti*: qual è di fatto qualunque locazione: *Alienationis nomine*, dice il Perezio (b), *venit omnis actus, quo rei dominium partisve ejus transfertur, etiam in usumfructum concessio, si ad vitam ejus, cui conceditur, constituatur; nam si concedatur ad vitam usque concedentis, magis assimilatur commoditati percipiendi fructus, ideoque non cadit sub probi-*

17

(a) *In L. ult. C. de reb. alien. non alien.*
(b) *In cit. tit. C. num. 5.*

bitione. Quindi i migliori interpetri fan le risa di que' forensi, che tra le spezie dell' alienazione, noverano la locazione *ad longum tempus*. Vaglia per tutti il solo Visenbachio, che, comentando la Costituzione di Giustiniano, maestrevolmente scrive (*a*): *Locatio ad longum tempus facta, non comprehenditur alienationis verbo*.

II. Quando pur si voglia menar buono a' forensi, che la locazione *ad longum tempus* sia spezie d' alienazione, da ciò non seguirebbe, che l' affitto da principio fu nullo. Il majorato fu dal Duca D. Andrea istituito per contratto, non nel testamento. La proibizion d' alienare apposta al testamento fa, che l' alienazione sia nulla, non la proibizione apposta al contratto. Nell' assegnare la ragion della differenza son discordi i Dottori: ma nell' ammettere la differenza son quasi tutti d' accordo (*b*): ed è ben da far le meraviglie di que' pochi, che contraddicono, quandochè cotesta differenza è chiaramente espressa ne' libri della Legge (*c*).

III. Posto che l' affitto fatto contra 'l divieto d' alienare sia nullo, o che possa almen revocarsi dal successore, osta al Conte di Melisa la volontà dell' istitutore del majorato. Il contratto dell' affitto si celebrò presente, e consentendovi il Duca D. Andrea, il quale nell' istrumento della fondazione del majorato aveva espressamente voluto, che *finito l' affitto, che tenea* delle tenute, ch' e' donava, *D. Giovanni della Mura, si dovessero quelle affittare a persona di suo gusto e soddisfazione*, *e con*

(a) *In cit. tit. Cod.*

(b) *V. Fusar. de subst. q. 717. num. 29. & Wisenbach. in tit. ff. de legat. 1. num. 24.*

(c) *L. 1. & 2. C. commun. de legat. L. 3. C. de condict. ob caus. dat. L. 20. C. de pact. L. si ita 135. §. pen. ff. de verb. obl.*

e con suo consenso in scriptis. L'essere il fondatore del majorato, e l'autore della proibizione intervenuto all'istrumento dell'affitto: l'avere avuto scienza del tempo, per cui l'affitto si faceva: e'l non essersi opposto, sono chiarissimi segni della di lui volontà. Dee dunque aver luogo l'eccezion proposta nella soprarrecata Costituzione di Giustiniano, *Nisi testatoris* (nel caso nostro diremo, *institutoris*) *voluntas*, *quae alienationem interdixit*, *aliquid tale fieri permiserit*. Almeno quinci si trae, che nel divieto, ch'e' fece di alienare, non intese di comprendere la locazione *ad longum tempus*. A confermazione di ciò, giova, che si trascrivano le parole, onde quel divieto si espresse: *Nè di essa Sig. Principessa*, *nè da qualunque suo figlio*, *o discendente*, *al quale perveniranno i beni donati*, *si possano quelli vendere*, *alienare*, *ipotecare*, *concedere a censo enfiteutico perpetuo*, *o a vita*. Proibì 'l Duca D. Andrea l'enfiteusi, la quale mestier non era, ch'espressamente si proibisse. L'enfiteusi è vera alienazione, come quella, per cui si trasferisce sempre il *jus in re*. Or qual'enfiteusi il Duca D. Andrea proibì? Non ogni enfiteusi, tuttochè sempre, e qualunque enfiteusi sia vera alienazione. Proibì la sola enfiteusi *perpetua*, od *a vita*.
19 Dunque non proibì l'enfiteusi per 30. per 20., o per 10. anni, pe'quali tempi ben può farsi, e Giovanni Arpretto il notò (*a*). E si crederà poi, che avesse voluto proibire la *locazione* per quel tempo, per cui non volle proibire l'*enfiteusi?* Non ci è cosa più sconcia ad udire.

IV. Ma niuna delle cose dette osti al Conte di Melisa: gli osterà di certo il proprio fatto. Nell'istrumento del mutuo, al quale principalmente intervenne, offerì egli al Monte de'Gionti l'obbligo de'conduttori, e gliel'offerì per gli anni 6. di rispetto: e ciò tanto è vero, che

(a) *In Lib. 3. Inst. §. 3. de locat. num. 95.*

che per espresso patto doveano i conduttori non prima del secondo sessennio cominciare a fare in nome della Principessa, e del Conte la restituzione del mutuo, e dovean porle fine nel mese di Agosto dell' anno 1767., ch'era il dodicesimo dell' affitto. Si sa, che 'l fedecommessario, consentendo all' atto, onde aliena il gravato la roba al fedecommesso soggetta, rinunzia a quel diritto, che gli potrebbe appartenere dopo la morte del gravato: *Qui consentit actui*, scrive il Fusario (a), *videtur remittere jura contra illum actum*: la qual massima è tratta da una Costituzione dell' Imperador Giustiniano (b), ove generalmente è scritto: *Dum alii consentit, ipse sua jura perdit*: e se n' eccettua un solo caso, se taluno consenta per necessità del proprio uffizio, e vi si reca l' esempio di colui, che consente come tutore, o curatore. Ma 'l Conte di Melisa volontariamente consentì nell' affitto fatto dalla Principessa sua madre, e non solamente vi consentì, ma ne usò ancora per suo comodo, poichè s' e' non avesse offerto l' obbligo de' conduttori per tutto il tempo dell' affitto, non avrebbe il Monte data a mutuo la somma di duc. 5200: anzi è da credere, che gli avvedutissimi Avvocati del Monte de' Gionti, non per altra ragione vollero, che l' obbligo de' conduttori si offerisse dal Conte di Melisa, se non perchè potean temere, che 'l Conte, morendo sua madre prima degli anni 12., non pretendesse di mandargli via, e mancasse così la cautela del Monte. Ciò si conferma per quell' altro patto, che si appose all' istrumento del mutuo, che dovessero *i conduttori*, *durante l' affitto suddetto*, *riconoscere il Monte come tenutario*, *e per signore*, *e padrone*: e che, *non volendo essi continua-* 20
re

(a) *De subst. q. 560. num. 1.*
(b) *In L. quum quaedam C. de adm. tut.*

re in detto affitto per detti anni 6. di rispetto, fosse lecito al Monte, come tenutario, affittare detti feudi a chi gli paresse.

Se a coteste poche cose si aggiungano quelle molte, che leggonsi nella dotta Scrittura del dì 21. del mese di Febbrajo, spezialmente quel, che quivi è scritto per l'autorità del Card. de Luca (*a*) della buona fede, con cui fece la Principessa l'affitto, e del gran vantaggio, che a tutta la di lei Casa ne venne, di che posson temere D. Gennaro, e D. Michele Pisani?

Di Casa il dì 10. del mese di Marzo
dell'anno 1761.

DELLE

(a) *De locat. & conduct. disc. 24.*

Per D. Francesco Provenzale de' Duchi di S. Agapito contr' a' Padri Domenicani della Città di Ariano.

ARGOMENTO.

I. La transazione fatta da' Padri Domenicani della Città di Ariano, non può impugnarsi come nulla per lo difetto dell' Appostolico assenso, per la ragione, che tale transazione fu fatta colla riserva di detto assenso Appostolico, della cui impetrazione ne presero il carico gli stessi Padri.

II. Se la *L. 2. Cod. de rescindenda venditione* possa estendersi alle transazioni.

III. Si dimostra quali, e quante sieno l' eccezioni dilatorie, e perentorie, che, prima della transazione, ostavano alle due azioni istituite da' suddetti Padri Domenicani, cioè, l' ipotecaria, e la vindicazione.

SOMMARIO.

1 *CHi ha data la supplica per impetrar l' assenso, non può più rivocare quell' atto, su del quale dee l' assenso cadere; ma adoperar si dee di ottenerlo.*

2 *Quando l' assenso si è riservato, fino a che non s' impetri, resta l' obbligazione inefficace in quanto all' esercizio dell' azione, ma non ci è luogo a penitenza.*

3 *Dove gli Ecclesiastici siansi obbligati d' impetrar l' assenso, non possono impugnar l' atto fatto per difetto del-*

lo

lo stesso assenso: Ved. i num. seg.

4 *Come l' alienazion della roba della Chiesa, così la locazione oltre tre anni, senza l' assenso, è nulla.*

6 *In quali casi l' assenso Appostolico si ha come dato, senza che ci abbia uopo, che espressamente si dia:* Ved. i num. seg.

7 *In tutte le cause si ha per fatto quello, che per altrui impedimento far non si possa; spezialmente, dove l' impedimento nasca dal contraente divenuto poi avversario.*

8 *Dove la transazione sia utile alla Chiesa, od all' alimentario, tuttochè fatta senz' assenso, e senz' autorità del Pretore, è valida.*

9 *Le alienazioni, quandochè riescano utili a' minori, od alle Chiese, vagliono, avvegnachè fatte senza la pubblica autorità.*

10 *Se le transazioni si rescindano come lesive; spezialmente, dove enormissima sia la lesione:* Ved. i num. seg.

11 *Per la pubblica utilità non si attende il danno de' privati.*

13 *Ai minori, non altrimenti si soccorre colla restituzione* in integrum, *che*, si grande sit damnum.

14 *Il jus ceduto, non ha presso il cessionario forza maggiore di quella, che avea presso il cedente.*

15 *In dolo è colui, che esiger poteva, e non ha esatto: in dolo parimenti è colui, che, potendo, non ha fatto quello, che sapeva di dover fare.*

16 *Qual mai sia quel caso, in cui il creditore esiger volendo il suo credito non solamente appalesa di aver mala causa, ma altresì fa nascer contro di se un veemente sospetto di falsità.*

17 *Per dismettere un picciol debito del fedecommettente, non si vendono con sicurezza beni di gran valore.*

18 *Quando il testatore sottopone a fedecommesso una parte de' suoi beni, questa non si può alienare per dismettersi*

tersi i debiti del fedecommettente.

19 *La roba a fedecommesso soggetta, e lecitamente alienata per dismettersi debiti del fedecommettente, resta libera per sempre; nè può il fedecommessario riaverla, offerendone il prezzo.*

20 *Da quali circostanze di fatti si traggono argomenti, che la tutela sia stata amministrata con dolo.*

21 *Chi volontariamente dà causa all'evizione, o non chiama a tempo in giudizio l'autore, non ha regresso contr' il venditore.*

22 *Le usure del danajo pupillare dal tutor convertito in proprio uso, sono usure maggiori.*

23 *La compensazione de' vicendevoli debiti, si fa* ipso jure *da quel tempo, che cominciano: il che s'intende così del debito di usure, che di ogni altro debito:* Ved. il num. seg.

25 *La compensazione si fa per que' crediti, che son liquidi, e per quegli ancora, che possono facilmente liquidarsi.*

26 *La compensazione, che per ministerio della Legge si è fatta col cedente, osta al cessionario, al quale posteriormente siasi fatta la cessione:* Ved. il num. 34.

27 *La transazione fatta* sine caussa, *è nulla:* Ved. il num. seg.

28 *La sentenza, tuttochè passata in giudicato, se ci sia il difetto della causa, non si sostiene.*

29 *La donazione non si presume giammai: anzi più tosto che la donazione, presumesi l'error della Legge, o del fatto anche proprio.*

30 *L'alienazione di un fondo soggetto a fedecommesso, quandochè contenga lesione molto eccessiva, non si sostiene, tuttochè sia fatta per dismettersi debiti del fedecommettente, e con decreto di Giudice.*

31 *Alienandosi un fondo di gran valore per dismetter si*

un picciol debito del fedecommettente, se possa il fedecommessario rivocar l'alienazione in totum, *oppure in parte:* Ved. il num. seg.

32 *Nelle cose miste riguardasi la causa, che prepondera: E così nelle umane operazioni si attende sempre la parte predominante del bene, o del male.*

33 *Il Giudice, dove con chiarezza vegga di esser nata la compensazione, deve* ex officio *dichiarar compensato il debito.*

34 *L'eccezioni della compensazione, e della cosa giudicata, come quelle, che sono eccezioni* in rem, *ostano al cessionario, tuttochè sia cessionario per causa onerosa.*

35 *L'eccezione del dolo, come quella, che è eccezione* in personam, *non osta al cessionario per causa onerosa. Gli osta solamente nel caso, che'l cessionario istituisca l'azione* ex persona cedentis.

36 *Le cessioni non fatte a tempo, e legittimamente, non trasferiscono ne' cessionarj jus d'ipoteca.*

37 *Nel giudizio di vindicazione, quali pruove richieggansi, dove del dominio incidentemente, o principalmente si tratti.*

38 *Le transazioni non han meno di forza, che le cose giudicate: nè si rescindono per nuovi istrumenti, che siansi dappoi ritrovati.*

ALLEGAZIONE IX.

FIN dall'anno 1686. cominciò nel S. Consiglio quella lite, che pende ancora tra' Padri Domenicani della Città di Ariano, e l'illustre Casa del Duca di S. Agapito. Credea D. Francesco Provenzale de' Duchi di S. Agapito, per cui scrivo, che se le fosse posto fine per un pubblico giurato istrumento di transazione del dì 21. del mese di Gennajo dell'anno 1747.; ma, corsi ap-

appena quattordici mesi, vide con maraviglia tornare in giudizio que' Padri, ed impugnando come nulla, e come lesiva la suddetta transazione, rinnovare le antiche azioni; e di ciò non contenti, pretendere ancora qualche cosa di più, che non avean preteso prima della transazione.

Io esporrò primamente le antiche pretensioni de' Padri Domenicani, e 'l tenor della transazione: indi mostrerò, che non fu quella transazione nè nulla, nè lesiva.

C A P O I.

Si espongono le antiche pretensioni de' Padri Domenicani, e 'l tenore della transazione.

DUe azioni istituirono i Padri Domenicani contra 'l Duca D. Andrea Provenzale padre di D. Francesco. La prima azione, è l'*ipotecaria:* la seconda, è la *vindicazione*. L' *ipotecaria* riguardava due di cinque porzioni d' una *mezzana*, detta *la fontanella*, che possedeano il Duca, e D. Francesco com' eredi di Cesare, e di Porzia di Majo. Da' Padri Domenicani si vuole esser quelle due porzioni ipotecate loro per due di cinque porzioni di ducati 1800., e per le terze decorse alla ragione del 10. per 100. dall'anno 1630. fino al presente dì, importanti duc. 720. di capitale, e 9700. e rotti di terze. Ecco l'origine di questa prima azione.

Nell'anno 1528. Marino Finabellis, uomo, secondochè mostra il testamento, assai ricco, dopo di avere istituita erede in buona parte di sua roba una sorella, legò a Lionardo Finabellis suo nipote una gran quantità di grano con espressa legge, che col prezzo di quel-

lo si pagassero a Bernardina Bulgarelli, sua moglie, le doti, e l'antefato, che le si doveano in virtù de' capitoli matrimoniali. Sottopose a primogenial fedecommesso quattro suoi speciosissimi fondi siti in Foggia: e v' invitò lo stesso Lionardo, e i costui discendenti, indi Alessandro Finabellis, e la costui discendenza, ultimamente l' erede. Succedette nel fedecommesso Lionardo: seguentemente Giannalfonso suo figlio, che lasciò dopo di se Giacomo, Faustina, Ippolita, e Prudenza, commessi alla tutela di Cesare Finabellis loro zio paterno, e di Cesare Lollo loro zio materno. Morto di là a poco Giacomo, passò il fedecommesso a Faustina. Nel dì 22. del mese di Gennajo dell' anno 1569. chiese la Bulgarelli le doti, l' antefato, e l' interesse decorso: ed essendosi liquidato l'intero credito in duc. 2707., furon venduti due corpi ereditarj, de' quali uno era la suddetta *mezzana*; e Cesare Lollo, che gli comperò, soddisfece interamente la Bulgarelli, da cui ottenne la cessione delle ragioni. Ed ecco trasferita l' ipoteca per duc. 2707. dalla Bulgarelli nel Lollo. Restituì poi Cesare Lollo cotesta *mezzana* a Faustina Finabellis in virtù d' un istrumento di transazione dell' anno 1585., e nel medesimo istrumento si convenne, che restasse ferma a beneficio del Lollo l' antica ipoteca, ma per duc. 1800. di capitale, e per annui 180. Morta Faustina, passò la *mezzana* ad Ippolita. Costei nell' anno 1606. donò la *mezzana*, e tutti i *territorj seminatorj* sottoposti da Marino al fedecommesso per tre porzioni a Vincenza, ad Antonio, e ad Alfonso Caracciolo, figli della defunta sua sorella Faustina; e per due a Cesare, ed a Porzia di Majo, figli di Prudenza altra sua sorella, ritenendone presso di se l' usufrutto. Due anni dopo distornò la donazion fatta di due porzioni a' figli di Prudenza, e donò l' intera *mezzana* a' figli di Faustina. Costoro nell' anno 1620. ne ven-

venderono dieci carri, e mezzo a Giulio Paſſaro: e perchè aveva il Lollo ceduta altrui l'ipoteca, promiſe il Paſſaro di eſtinguere con una parte del prezzo gli annui duc. 180.: e, ſecondochè da' Padri ſi vuole, in fatti gli eſtinſe, precedenti le ceſſioni delle ragioni. Così paſsò l'ipoteca in Giulio Paſſaro. Di Giulio fu erede Ottavio ſuo fratello, che nel dì 1. del meſe di Ottobre dell'anno 1641. donò tutti i ſuoi beni, e tutte le ſue azioni a' Padri Domenicani della Città di Ariano.

L'origine poi della *vindicazione*, è queſta. Nell' anno 1626., nel quale Ippolita morì, ſi apparteneva ad Ottavio Paſſero, come ad erede di Giulio, l'intera *mezzana*. Dieci carri, e mezzo ne avea, come ſi è detto, comperati da' Caraccioli Giulio Paſſero l'anno 1620.: e due ne comperò l'anno ſeguente da Marzio Genſano, cui gli avevan gl'iſteſſi Caraccioli venduti. Apparteneaſi ancora ad Ottavio un carro, e mezzo del territorio, detto *la riſicata*, vendutogli l'anno 1624. da' ſuddetti Genſano, e Caraccioli, il quale era tra' *territorj ſeminatorj* compreſi nel fedecommeſſo, e nella donazione dell' anno 1606. Morta Ippolita, preteſe Iſabella Finabellis, come diſcendente da Aleſſandro, cui aveva il teſtatore invitato al fedecommeſſo, che a ſe ſpettava la *mezzana*. Le ſi oppoſero i tre figli di Fauſtina, e i due figli di Prudenza: e venne in giudizio anche Ottavio Paſſero, chiamatovi da' figli di Prudenza. Ciò dal procuratore de' Padri Domenicani ſi nega, aſſerendoſi, che Ottavio fu ſpogliato *de facto*, ſenza che foſſe ſtato mai inteſo. Ma legga un po' meglio gli atti, e ſi ricreda. Il S. Conſiglio ebbe per eſtinto il fedecommeſſo; e poichè non poteva Ippolita diſtornar, come fece nell' anno 1608., la donazion fatta l'anno 1606. di due porzioni a' figli di Prudenza, dichiarò per ſentenza del dì 5. del meſe di Luglio dell' anno 1630., che due delle cinque porzioni

della

della *mezzana*, e degli altri *territorj seminatorj*, spettavano a Cesare, ed a Porzia di Majo. Per esecuzione di cotesta sentenza, dal tavolario del S. Consiglio Giordano si assegnarono a Cesare, ed a Porzia di Majo cinque de' dodici carri, e mezzo della *mezzana*, e sette carri, ed otto *versure* de' carri diciotto, e mezzo, de' quali gli altri territorj costavano: ne' quali sette carri era compreso il carro, e mezzo del territorio, detto *la risicata*. Or da' Padri Domenicani si pretendea, che una parte de' rimanenti carri sette, e mezzo della *mezzana*, fosse stata occupata da' coloni del Duca di S. Agapito.

Nell' anno 1747. si stipulò istrumento di transazione tra' Padri Domenicani da una parte, e 'l defunto Duca D. Giuseppe, il Duca odierno D. Giovanni, e D. Francesco Provenzale dall' altra. Promisero i Padri di rinunziare alla lite, e i Provenzali di cedere a' Padri sette *versure*, e mezza della *mezzana*, ed un lor proprio territorio, detto *della spina santa*, ch' è di *versure* sei; ed oltre a ciò, di pagar loro duc. 100. Quanto i Provenzali promisero, tutto han fedelmente eseguito. Per l' opposito, i Padri, contravvenendo alle giurate promesse, impugnano oggi la transazione. L' impugnano come nulla: l' impugnano come lesiva. Se non che in questi due novelli giudizj di *nullità*, e di *lesione*, è stato inteso il solo D. Francesco, cui si apparteneva una sola terza parte delle due quinte, non già l' odierno Duca D. Giovanni, cui due terze parti si apparteneano: e 'l procuratore de' Padri osservi bene gli atti, e 'l troverà vero.

CA-

CAPO II.

La transazione dell' anno 1747. non può da' Padri Domenicani impugnarsi come nulla.

LA transazione si fece, *salvo l' assenso Appostolico:* e quando cotesta clausula non si fosse apposta, pur non valea la transazione senza l' Appostolico assenso, come quella, per cui alienavasi roba di Chiesa. L' assenso non si è impetrato. Dunque è nulla del tutto. Ecco il gran sillogismo, onde da' Padri Domenicani quella transazion si combatte.

Primachè si renda loro la convenevol risposta, è da premettere, che la transazione si fece da' Padri Domenicani *capitolarmente congregati*, e presente il legittimo Superiore: che si riservò nell' istrumento l' assenso Appostolico, e si convenne, che si sarebbe impetrato a spese de' Provenzali, ma per opera de' Padri, i quali perciò costituirono il procuratore a tale atto: che se ne porse supplica al sommo Pontefice, dal quale fu commesso l' affare alla Curia Vescovil di Ariano; ma che gl' istessi Padri impediron poi l' interposizion dell' assenso. Un buon giurisconsulto può da cotesti fatti trarre più conseguenze escludenti l' azione, onde impugnano i Padri la transazion come nulla.

I. E' opinione di ragguardevolissimi Dottori, che quando si è già data la supplica al Principe, non può più chi l' ha data rivocare quell' atto, che senza l' assenso non può valere, ma dee porre ogni opera per impetrarlo; conciosiachè, data la supplica, non sia più intera 1

la

la cosa. Così s' insegna dal Reggente de Ponte (*a*), e dal Reggente Marciano (*b*), e da parecchi altri de' nostri, trattanti il caso della rivocazione dell' alienazion del feudo in virtù della Costituzione, *Constitutionem divae memoriae*, dopo data la supplica al Principe. E così da più Canonisti s' insegna per rispetto dell' assenso del Papa. Citasi un bel testo Canonico. Si sa, che la *postulazion* de' Prelati non vale altrimenti, che assentendovi il sommo Pontefice. Ne' tempi di P. Innocenzo III. erasi *postulato* un Prelato, ed erasi la *postulazion* presentata al Papa. Primachè s' impetrasse l' assenso, coloro, che l' avean sottoscritta, se ne pentirono. Rispose P. Innocenzo, che bastava, che la supplica si fosse data, perchè più non vi fosse luogo a pentimento (*c*): *Si enim* (eccone la ragione) *postquam postulatio subscriptionibus postulantium roboratur, & praesentatur Romano Pontifici approbanda, possent ab ea recedere postulantes, Nobis frequenter illuderent.*

II. Quando l' alienazione si fa senza riserva d' assenso, allora, primachè l' assenso s' impetri, può sempre la Chiesa impugnarla; perchè l' atto è puro, e come fatto contra le Leggi, e in disprezzo della pubblica autorità, da principio è nullo. Quando poi l' assenso si è riservato, l' atto è condizionato, e come tale, rimesso da' contraenti al supremo arbitrio del Papa, e seguentemente non da principio nullo: onde, come accade in tutti gli altri atti condizionati (*d*), sino a che non s' impetri l' l' as-

(a) *Decis. 6. & in tract. de potest. Proreg. tit. de refut. feud.* §. 7. *num.* 2.

(b) *Disp.* 91. *num.* 8.

(c) In cap. *bonae memoriae* 4. *de postulat. Praelat.*

(d) *L. is, cui* 42. *de obl. & act. L. si quis* 57. *de verb. obl.*

assenso, è l'obbligazione inefficace in quanto all'esercizio dell'azione, ma non ci è luogo a penitenza. Così la Ruota Romana (*a*): *Esto, quod beneplacitum Apostolicum reservatum quidem, sed adhuc obtentum minime fuisset, defectus dicti beneplaciti operabatur quidem, ut obligatio, donec illud supervenisset, esset inefficax quoad exercitium actionis, sed non ad effectum, ut poenitentiae locus esse posset.*

III. Quando gli Ecclesiastici han sopra di se preso il carico d'impetrar l'assenso, come nel caso nostro fecero i Padri Domenicani, allora non possono essi impugnar l'alienazione per difetto di assenso, poichè allegherebbero la propria turpitudine, cioè, l'inosservanza de' patti. In un caso, che trattò, e decise la Ruota Romana, avean certi Monaci dato a fitto per nove anni una lor casa colla riserva dell'assenso Appostolico, cui essi promisero d'impetrare. Trascurarono i Monaci d'impetrarlo, indi impugnarono l'affitto come nullo per difetto d'assenso. Non è questo il nostro caso? E' questo appunto. Come l'alienazion della roba della Chiesa, così la locazione oltre tre anni, senza l'Appostolico assenso, è nulla (*b*). Or la Ruota contr' a' Monaci giudicò (*c*), perchè l'allegata nullità *respiciebat propriam turpitudinem Monacorum, qui promiserunt beneplacitum obtinere*. E molto maggiore nel nostro, che nel caso della Ruota Romana, è la turpitudine, che si allega. Nel caso della Ruota, i Monaci trascurarono l'impetrazion dell'assenso: nel nostro l'hanno essi impedita.

Ma si finga, potere a' Padri Domenicani competere l'azio-

(a) *Part.* 12. *recent. decis.* 258. *num.* 3. & 4.

(b) Cap. *ambitiosae inter extravag. comm. de reb. Eccl. non alien.*

(c) *Part.* 14. *recent. decis.* 372. *num.* 4.

l'azione, che di certo lor non compete, e rispondasi all' opposto argomento. Il dottissimo lor Difensore cita, per pruova della prima proposizione, più Canoni antichi, e nuovi; e più Leggi ancora di Principi secolari dichiaranti nulle le alienazioni delle robe della Chiesa senza l'assenso Appostolico. Poteva egli esser sicuro, che, quando anche non avesse citato nè queste, nè quelli, io gliel' avrei data per vera. Solamente pretendo, esserci alcuni
6 casi, ne' quali l'assenso Appostolico si ha come dato, senzachè sia uopo, ch' espressamente si dia. Eccone due, che si verificano nella causa presente. Il primo caso è, quando la Chiesa si è obbligata d' impetrar l' assenso, ed ha poi trascurato di farlo: e molto più se, come da' Padri Domenicani si è fatto, ne ha impedito l' assenso. Così la medesima Ruota, trattando lo stesso caso de' Monaci, che avean dato a fitto per nove anni una lor casa, obbligandosi d'impetrarne essi l'assenso; e poi, non ostante che avessero trascurato di farlo, pretendeano, che nulla fosse la locazione per difetto d'assenso (*a*): *Imo contra eos negligentes* (e molto più *contra eos impedientes*) *habetur pro impetrato*. E si trae cotesta massima da un
7 testo di Pomponio, che fu ignoto alla Ruota. Scrive colui (*b*): *In omnibus caussis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat*. E ciò molto più è vero, quando quell' *alius* sia il contraente divenuto poi avversario: ch'è 'l caso, che trattò Cajo in un bel luogo delle Pandette (*c*). In cotesto caso, avendosi l'assenso per impetrato, non può dalla Chiesa dirsi nulla l'alienazione: e solamente le resta o la restituzione *in integrum*, o l'azione della *L.* 2. *C. de rescindenda venditione*, se'l-

(a) *d. decis.* 372. *num.* 5.
(b) *In L.* 39. *de reg. jur.*
(c) *In L.* 6. *de doli mali except.*

se'l contratto è tale, che possa, secondo le Leggi, rescindersi per lesione; o l'azion *de dolo*, che contra tutti i contratti compete.

Il secondo caso è, quando conosca il Giudice, esser la transazione utile alla Chiesa. Così, sebbene per regola di jus Civile le transazioni fatte sopra gli alimenti non valessero senza l'autorità del Pretore (a), nondimeno d'una transazion fatta *citra Praetoris auctoritatem*, ma con utilità dell'alimentario, Scevola scrisse (b): *Puto eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione fecit*. E da questo luogo appunto trasse Accursio (c) argomento a provare, che quando a' minori, od alle Chiese riescano utili le alienazioni, vagliono, tuttochè fatte senza la pubblica autorità. Han seguito l'opinione d'Accursio l'Aretino, il Dino, il Baldo, il Decio, il Socino, ed altri ben molti appresso, il Tiraquello (d). Ma più che la loro autorità, dee valer la ragione. Le solennità dalle Leggi, e da' Canoni richieste nelle alienazioni delle robe de' minori, e delle Chiese, non per altro fine si sono introdotte, che per l'autorità di essi minori, e di esse Chiese. Dunque, se altronde costa, che le alienazioni sono utili, cessa la causa, per cui necessario era, che le solennità si adoperassero; e seguentemente cessa la necessità di esse. Così, dopo gli altri, ragiona il Tiraquello (e): *Sollemnitas requisita in alienationibus rerum Ecclesiae, & minoris, eorum favore requiritur, & ubi adhibetur, praesumitur, quod sit in utilitatem eorum. Si ergo constat de*

8

9

Dd 2

(a) *L. quum hi 8. pr. ff. de transact.*
(b) *Dict. L. 8. §. 6.*
(c) *In d. §. 6. v.* alimentarius.
(d) *De leg. connub. glos. 8. n. 62.*
(e) *In cit. glos. num. 64.*

de utilitate Ecclesiae , sumus in casu claro , nec est opus conjecturis. Ma perchè non di rado è una opinione più ricevuta in un luogo, e meno in un altro, giova, che si mostri, essere l'opinion d'Accursio ricevutissima appresso noi. Non come opinione, ma come *conclusione verissima* di Legge, la propone il nostro Rodoerio (a): *Ex hoc resultat alia verissima conclusio, ut scilicet valeat etiam sine sollemnitatibus alienatio de re Ecclesiae, si fuerit illa eidem Ecclesiae utilis, quoniam sic habemus finem, qui requiritur in alienatione talium bonorum .... eademque concurrente utilitatis ratione valeat sine sollemnitatibus permutatio facta de re Ecclesiae inter ipsam, & privatum . . . sicut etiam valeret, si fieret inter duas Ecclesias ad invicem, si utrique magis consuleretur . . . . . Ratio autem, quare propter utilitatem Ecclesiae sunt licita praedicta sine sollemnitatibus, est PALPABILIS* (notisi cotesta espressione) *quia non curandum est de sollemnitate, vel forma, ubi actus fuit gestus cum utilitate ejus, ad cujus favorem fuit statuta forma, & inventa sollemnitas*. Sarebbe dunque da vedere, se la transazione dell' anno 1747. fu dannosa, od utile al Monistero. I Padri la credono lesiva: io la mostrerò utilissima nel Capo seguente.

CAPO III.

La transazione dell' anno 1747. non può da' Padri Domenicani impugnarsi come lesiva.

10 A' Padri Domenicani osta non men la Legge, che 'l fatto. Per Legge non si rescindono le transazioni come

(a) *Ad* de Marin. *addit. ad cap. 6. num.* 14.

come lesive, sebbene enormissima sia la lesione. Di ciò non dubitan punto i dotti interpetri del jus civile. Alcuni de' forensi estendono anche alle transazioni la *L.* 2. *C. de rescind. vend.*, ma gli convincono di manifestissimo errore più luoghi de' Libri della Legge. Se ne produca un solo di Scevola (*a*), che val per mille: *Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea, repertis instrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, SI NON TRANSACTUM ESSET, posse.* Erasi al fedecommessario restituita una *minima quantità*: e l'eredità, che si dovea restituire, era quattro volte più grande; onde si restituì la sola quinta parte. Qual più grande lesione? E pure Scevola dice, che se quella *minima quantità* si fosse al fedecommessario data per transazione, non avrebbe il fedecommessario avuta azione. Par duro, nol niego, che uom riceva dieci, quandochè gli si dovean cinquanta, senzachè possa usare alcun rimedio di Legge; ma troppo è vero quel volgarissimo detto di Tacito (*b*): *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur.* Importa alla repubblica, che si ponga fine alle liti, cui non si può meglio por fine, che per le transazioni: e'l pubblico favore sostiene anche quelle, che, secondo le regole della giustizia particolare, non dovrebbon valere. Così s'insegna dal Cujacio, dal Donello, dal Fabro, e dalla più gran parte, e da' più dotti Spositori del jus Civile, anche quan-

11

12

(a) *In L.* 78. §. *ult. ad S. C. Trebell.*

(b) *Annal. lib.* 14. *num.* 44.

quando enormissima è la lesione: e così parimenti s'insegna da' più giudiziosi forensi, tra' quali sono il Larrea (a), e 'l de Marinis (b). Che se poi si volesse dar luogo più tosto alla opinione di alcuni Dottori, che alle disposizioni chiarissime delle Leggi (la qual cosa non è da tollerare in alcun modo) a rescindere le transazioni, richiederebbesi la lesione enormissima: l'enorme non basterebbe: *Ego in praxi*, dice il Valerone (c), della cui autorità l' Avversario si vale, *veriorem judico distinctionem, scilicet ex enormi laesione transactionem non rescindi favore ejus, litiumque minuendarum . . . . ex enormissima vero laesione posse eam rescindi*.

Non lusingandosi l' Avversario di poter mostrare enormissimamente lesiva la transazione dell' anno 1747., ha col giudizio della lesione accortamente cumulata la restituzione *in integrum*, competente, ad esempio de' minori, alle Chiese, ed a' Monisteri, *qualora QUALCHE LESIONE si conosca*, com' e' scrive a carte XXIII. Sia detto con buona pace del veneratissimo Contraddittore, non gli si può menar buona la parola *qualche lesione*.

13 A' minori, che possono essere ingannati, o quanto più facilmente, che i Padri Domenicani, non altrimenti si soccorre colla restituzione *in integrum*, che *si GRANDE sit damnum*. Così si legge appresso Ulpiano (d).

Ma si mostri, che nè grande, nè picciol danno è venuto a' Padri dalla transazione dell' anno 1747., e che per conseguenza osta loro anche il fatto. Ciò si farà, esaminandosi le due azioni istituite da' Padri, l' *ipotecaria*, e la *vindicazione*.

§. I.

(a) *Decis. Granat. 68.*
(b) *Resol. lib. 2. c. 233. num. 12.*
(c) *De transact. tit. 6. q. 2. num. 46.*
(d) *In L. 9. pr. & L. 49. de min.*

§. I.

Per rispetto dell' azione ipotecaria, ostavano a' Padri di S. Domenico, prima della transazione, eccezioni perentorie, e dilatorie.

I Padri Domenicani han causa da quel Cesare Lollo, a cui passò da Bernardina Bulgarelli l' ipoteca della *mezzana*. Or si sa, che 'l jus ceduto non ha presso il cessionario forza maggiore di quella, che avea presso il cedente (a). Quinci dee necessariamente seguire, che l' eccezioni, che competeano contr' al cedente, competono ancora contr' al cessionario. Or quali eccezioni competessero contra Cesare Lollo, si mostrerà per un fedel racconto delle cose avvenute da che Bernardina Bulgarelli comparve nel S. Consiglio, e per alcune poche riflessioni legali, che si trametteranno. 14

Comparve, secondochè si è detto, nel S. Consiglio la Bulgarelli nell' anno 1569. chiedendo le doti, l' antefato, e l' interesse da questo, e da quelle decorso fino a quel dì. Certamente è quì da maravigliare, come colei, non ascendendo nel tempo della morte del marito tutto il suo credito di doti, e d' antefato, che a soli duc. 1200., per la qual tenue somma erale ipotecata l' intera vastissima eredità; e potendone esser tosto, e di leggieri soddisfatta, spezialmente sul prezzo del grano destinato dal testatore a tal uso, non ne facesse immediatamente richiesta, anzi che facesse correre 40. e più anni, senza nè meno esigerne l' interesse. Io non so, come si fosse andata la cosa; ma le circostanze del tempo,

(a) *L. nemo plus juris* 54. *de reg. jur.* Carleval. *de judic. tit.* 3. *disp.* 35. *num.* 38.

po, nel quale istituì primamente l'azione, mi fanno entrare nell'animo qualche mal sospetto di lei. Di quel tempo eran morti Lionardo, e Giannalfonso; e si possedeano i beni da pupilli, i quali non potean sapere, se nel corso di tempo sì lungo fosse stata colei, com' era da presumere, soddisfatta: e da pupilli, che stavan sotto il governo di due tutori, nelle cui mani eran passati, Iddio sa come, molti speciosi stabili soggetti al fedecommesso di Marino Finabellis. Conferma il mio sospetto quel, che seguì dappoi. Pretese la Bulgarelli, che pe' suddetti suoi crediti se le prestasse l'assistenza sopra molti beni ereditarj di suo marito, e nominatamente sopra una casa posseduta da Cesare Lollo, e sopra una *mezzana* posseduta da Cesare Finabellis, i quali due corpi apparteneano al fedecommesso: e pure ne avea Marino espressamente vietata l'alienazione: ed ecco in giudizio i tutori. Le si prestò l'assistenza sopra tutti i beni dedotti negli atti per la somma di duc. 500. di dote, e di duc. 750. d'antefato, e per l'interesse da liquidarsi, che fu poi liquidato dall'anno 1528., in cui Marino morì, sino all'anno 1572., in cui si eseguì la sentenza, in duc. 1451. 56. Da onesti, ed accorti tutori si sarebbe certamente preteso, che non doveasi l'interesse come non chiesto, che dopo 40. e più anni, e quando erano già morti Lionardo, e Giannalfonso primi debitori, e coloro, cui si chiedeva, eran pupilli, e seguentemente non istrutti de' proprj interessi: e sarebbesi giudicato così:

15 *Dolus est*, scrive Ulpiano (*a*), *si quis nolit persequi, quod persequi potest; aut si quis non exegerit, quod exigere po-*

16 *test*: dond' è poi nata la comune opinion de' Dottori, che, *ubi quis* (piacemi di proporla colle parole del nostro Al-

(a) *In L. 44. ff. mandat.*

Altimari (a)) *petiit diu post mortem debitoris aliquid contra suos heredes male instructos, quod tamen non petiit per multum temporis spatium in vita debitoris, non solum tenetur fovere malam caussam, sed etiam quod contra eum oritur vehemens suspicio falsitatis.* Ma per le cose, che soggiungerò, s'intenderà chiaramente, che a Cesare Finabellis, ed a Cesare Lollo giovava, che fosse non tenue la somma dalla Bulgarelli pretesa. Possedeano il primo la *mezzana*, il secondo una casa, corpi soggetti al fedecommesso istituito da Marino, che valeano, come dimostrerò, 10000. e più ducati. Gli possedeano essi senza giusto titolo, e non di buona fede, come parimente dimostrerò. Ben sapeano, che gli avrebbero un giorno perduti, e sarebbero stati, oltre a ciò, condannati a' frutti. Conveniva loro di trovar modo da farne l'acquisto non a gran prezzo, e senza timore di perdergli in avvenire. Il modo era questo, che si vendessero per dismettere un debito del fedecommettente, che poi da essi medesimi si comperassero. Ma se piacea loro di comperargli non a gran prezzo, piacer non potea, che troppo tenue fosse la somma, che si dovea. Per dismettere un picciol debito del fedecommettente, non si vendono con sicurezza beni di gran valore (b). Quindi, parendo assai tenue la somma di duc. 1250., quanto doveasi per la dote, e per l'antefato, menaron buona alla Bulgarelli la pretensione di altri 1551. 56. per l'interesse. Ma del reo disegno di cotesti tutori, darò io pruove molto più chiare.

Alle tre somme della dote, dell'antefato, e dell'interesse, si aggiunsero le spese della lite, e restò liquidato il credito della Bulgarelli nella somma di duc.

(a) *Nov. obs. ad dec. Roviti* 43.
(b) Fusar. *de subst. q.* 541. *num.* 13.

1707. i. 8. Depositarono gli scaltri tutori cotesta somma nel banco di Montenegro : indi fecero istanza, che si esponesser venali la casa, e la *mezzana*, riservandosi la facoltà di offerire con patto espresso, che rimanendo a lor benefizio i suddetti due corpi, si dichiarassero liberi dal fedecommesso di Marino. Ecco due convincentissime pruove del dolo de' tutori. Al fedecommesso di Marino eran soggetti quattro soli corpi di sua eredità, cioè un molino, un terreno detto *della fontanella*, un altro detto la *mezzana dell' isca*, ed una casa. I corpi, sopra cui fu chiesta, e prestata l'assistenza, eran dodici, de' quali tre soli eran compresi nel fedecommesso, nove eran liberi: ed oltre a cotesti 9. corpi, ch'erano in man di terzi possessori, v'era altra roba libera in man degli eredi. Non doveano offerire allora i tutori alcuno de' molti corpi liberi della eredità di Marino? Così dovean

18 fare. Insegnano comunemente i Dottori (*a*) per un bel testo di Scevola (*b*), che, quando il testatore sottopone a fedecommesso non tutti i suoi beni, ma solamente alcuni di essi, non si possono allora, per dismettere i debiti del fedecommettente, alienare i beni soggetti a fedecommesso. Ma que' due corpi appunto a fedecommesso soggetti, importava a que' buoni tutori, che si vendessero per riavergli poi con più di sicurezza. Se questo non fosse stato il lor fine, non avrebbero volontariamente, come fecero, esposti venali que' due corpi, ch' e' possedeano, quandochè si era l' assistenza prestata sopra molti altri non da lor posseduti, ed era pe' crediti della Bulgarelli obbligata tutta l'eredità. Non è da presumere, che uom voglia il suo danno, purchè nol voglia per

(a) *V.* Fusar. *de subst. q.* 641. *num.* 19.

(b) *In L. pater filium pr. vers.* item quaesiit, *ff. de leg.* 3.

per sottrarsi a rischio maggiore. Egli è questa una gran pruova del dolo di que' due tutori. Ma pruova forse più grande è quest' altra. Si riservarono essi la facoltà di offerire col patto espresso, che si dichiarassero que' corpi non più soggetti al fedecommesso di Marino: ne allegaron la ragione, perchè dopo la compera gli avrebbero avuti *per titolo diverso*, ben consapevoli, che vizioso, e nullo era il titolo, onde gli avean posseduti sino a quel punto: e chiesero, che sopra cotesto patto s' interponesse decreto del S. Consiglio *per la futura cautela*. Riflettasi quì, che necessario non era, che si apponesse un tal patto. E' sentenza ricevutissima, che la roba soggetta a fedecommesso, se una volta lecitamente si aliena, come accade, quando alienasi per dismetter debiti del fedecommettente, resta libera per sempre (*a*), senza che possa il fedecommessario riaverla offerendone il prezzo (*b*): ed essendo ciò vero, com' è verissimo, parimente necessario non era, che si confermasse il patto per decreto del S. Consiglio. Ma la gran voglia, che aveano i tutori di ritenere almeno con qualche apparenza di giustizia i mal posseduti fondi, come fece, che senza necessità gli esponesser venali, così fece, che si studiassero di usar nella compera tutte le possibili, comecchè non necessarie cautele. E quì torna bene quel comun detto de' Dottori, che la troppa cautela è grande argomento di frode (*c*). 19

Data dal Consiglier Commessario la licenza di vendere la casa, e la *mezzana*, si commise alla Corte di Foggia, che procedesse alla vendita. Erasi nella sentenza dell' assistenza ordinato, come doveva ordinarsi, che

E e 2 i beni

(a) *V.* Fusar. *q.* 721. *num.* 1.
(b) Fusar. *q.* 541. *num.* 1.
(c) Card. de Luca *de alienat. disc.* 29. *n.* 17.

i beni si vendessero precedente apprezzo: ma l' ordinato apprezzo non si fece, e nel brevissimo giro di soli sei giorni si pubblicarono i bandi, e *ad estinto di candela* si venderono a Cesare Lollo, oblatore di maggior somma, per duc. 3411., prezzo, come dimostrerò in appresso, assai vile: de' quali si liberarono alla Bulgarelli, poichè avesse cedute al Lollo le sue ragioni, duc. 2707. 1. 8. E i rimanenti duc. 704. si pagarono, com' era egli diritto, a' pupilli? No. Cesare Lollo non gli pagò mai: e 'l confessò dappoi, come si farà vedere a suo luogo.

Ma non la sola casa, e la sola *mezzana* si possedeano da cotesti buoni tutori. Possedeano ancor essi un molino, ed altri beni a quel fedecommesso soggetti. Faustina, cui per la morte di Giacomo si appartenea, come a primogenita, il fedecommesso, uscita della età minore, chiamò que' due tutori in giudizio, perchè tutti gli rilasciassero con tutti i frutti. Cesare Finabellis, primachè 'l giudizio si terminasse, si morì. Isabella Lollo madre, ed erede di Cesare Finabellis, mal sofferendo il rimordimento della coscienza, dichiarò per pubblico istrumento, che Cesare Finabellis suo figlio aveva *indebitamente, e men giustamente* (son sue parole) *occupato, e posseduto la mezzana*, ed alcuni altri fondi, ed un molino appartenenti in virtù di fedecommesso a Faustina: e che, riconsigliatasi con un giurisconsulto, avea conosciuto di non poter lecitamente ritenergli: e finalmente tutti a Faustina gli restituì dalla *mezzana* in fuori, che possedeasi allora da Cesare Lollo. E quì da notare, che cotesta dichiarazione, per cui si vituperava la memoria del defunto Cesare Finabellis, e 'l nome di Cesare Lollo ancor vivente, fecesi da Isabella coll' intervento, e col consenso (chi 'l crederebbe!) di Cesare Lollo suo fratello, e mondualdo, possessor della casa, e della *mezzana*.

Per riavere cotesti due corpi proseguì Faustina il giudizio contra Cesare Lollo, pretendendo, che nulla fosse stata, od almeno enormissimamente lesiva la compera, che colui ne avea fatta per duc. 3411., quandochè la casa valea più di ducati 3000., e la *mezzana* più di duc. 6000. e fece ancora istanza, che le rendesse conto della male amministrata tutela. Pose fine alla lite una transazione del dì 28. del mese di Febbrajo dell'anno 1585. E poichè cotesta transazione producono i Padri Domenicani come fondamento del jus della ipoteca, ch' e' credono di avere per capitale di duc. 1800., giova, che minutamente si esamini. Pretendea Cesare Lollo, ch' essendogli stata evitta la casa per l' ipoteca, che vi avea su Bernardina Bulgarelli, dovesse Faustina restituirgli duc. 1200., quanto l' avea comperata Antonio Lollo, suo padre, da Lionardo Finabellis, avolo paterno di Faustina. Pretendeva ancora i ducati 2707. 1. 8. per errore fatti ascendere nell' istrumento della transazione a ducati 2711. pagati alla Bulgarelli. Pretendeva in somma da Faustina duc. 3911., che veramente erano 3907. 1. 8. Per contrario, pretendea Faustina dal Lollo duc. 704. resto del prezzo di que' due corpi non pagato a' pupilli: altri duc. 3500. per frutti, che avea percepiti il Lollo da tutti i corpi soggetti al fedecommesso, e che avea convertiti in proprio uso: altri duc. 200., che fin dall' anno 1575. colui le dovea per legato fattole da Antonio Lollo, e l' interesse di tutte e tre cotelte somme. Or tre notevolissime cose dal Lollo si confessarono in quello istrumento: la prima, che non aveva egli pagato i duc. 704. residuo del prezzo della *mezzana*, e della casa: la seconda, che la sola casa valea ducati 2111., giacchè ne ritenne duc. 1200., quanto asserì, che l' avesse comperata Antonio suo padre, e de' restanti duc. 911. si costituì debitore: la terza, che per frutti conver-

titi in proprio uso, rimaneva egli debitore di duc. 1500. Se 'l debito della male amministrata tutela fosse di soli duc. 1500., come il Lollo diceva, o di duc. 3500., co-
20 me dicea Faustina, io di certo nol so. Ma 'l posseder, che colui facea, senz'alcun giusto titolo, i beni da Marino sottoposti a fedecommesso con espressa proibizion di alienare: il non essersi opposto alla Bulgarelli, almen per rispetto dell'interesse: l'aver esposti venali, senza necessità, due corpi soggetti a fedecommesso, il valore de' quali era molto maggiore del debito; e que' corpi appunto, ch' e' possedea per poi comperargli, e riavergli per altro titolo: l'avergli fatti vendere senza l'apprezzo, che si era ordinato, e nel brevissimo giro di soli sei giorni: l'avergli esso medesimo comperati a vil prezzo, e 'l non aver pagato il residuo a' pupilli, sono gravissimi argomenti di dolo (*a*), onde poi segue, che si abbia a prestar credenza più tosto a Faustina, che a lui.

Si fece la transazione, il cui tenore fu questo. Restituì Lollo la *mezzana*, e ritenne la casa. Gli si menaron buoni non solo i ducati 2711. pagati da lui alla Bulgarelli, ma ancora i duc. 1200. pagati dal padre, quando comperò quella casa. Se non che se ne accrebbe il prezzo d' altri ducati 911., de' quali si dichiarò debitore. Dichiarossi ancor debitore di altri duc. 1500. pe' conti della tutela. Gli furon parimente rimessi i duc. 764., i duc. 200., e tutto l' interesse da tutte le mentovate somme decorso. Finalmente, restando il Lollo debitore di ducati 2411., cioè di 911. per accrescimento del prezzo della casa, e di 1500. per l' amministrazion della tutela, non gli compensò tutti con altrettanti della maggior somma de' ducati 2711., pe' quali era a lui, come a cessionario della Bulgarelli, ipotecata la *mezzana*, ma

(a) Montan. *de tutel.* c. 33. *n.* 609.

ma soli 911., onde gli restò quel fondo ipotecato per duc. 1800. di capitale, ch'è quella ipoteca, cui credono i Padri Domenicani di avere: altri 900. della somma de' ducati 1500. ne compensò con altrettanti, che gli dovea non Faustina, ma 'l costei marito Muzio Caracciolo: e per rispetto de' rimanenti duc. 600. promise di pagargli ad Ippolita sorella di Faustina, quando si sarebbe maritata, con espresso patto, che fino al dì delle nozze non ne dovesse pagare interesse.

Ma giova d'assai alla causa, che si esamini secondo i principj legali il credito, e 'l debito di Cesare Lollo. Da' duc. 3907. 1. 8., credito preteso dal Lollo, si debbon torre ducati 1200. prezzo della casa, che Antonio Lollo comperò da Lionardo, tra perchè essendo alla Bulgarelli obbligati molti beni liberi, sopra cui le si prestò l'assistenza, non dovea quella casa, come soggetta a fedecommesso particolare, alienarsi: onde fu quella evizione da lui voluta, e procurata: tra perchè doveva egli far dare il curatore a' suoi pupilli eredi del venditore, e denunziare opportunamente la lite. Si sa, che per Legge non ha regresso contra 'l venditore chi o dà volontariamente causa all' evizione (a), o non chiama a tempo in giudizio l' autore (b). Dunque il vero credito del Lollo era di soli duc. 2707. 1. 8. Ma o quanto maggiore era il debito! La casa, e la *mezzana* valean meglio, che 10000. ducati, come a suo luogo dimostrerò; e da lui si comperarono 3411. Dovea dunque duc. 6500. Pe' frutti convertiti in proprio uso, dovea, se non duc. 3500., quanti ne pretendea Faustina, certamente più de' 1500., quanti e' dicea di dovere. Oltre a ciò, dovea duc. 200.

(a) *L. 29. §. 1. ff. de evict. Rot. Rom. p. 15. rec. decis.* 300. *n. 7. & 8.*

(b) *L. emtor 8. C. de evict.*

per lo legato da suo padre lasciato a Faustina, e finalmente l'interesse di tutte coteste somme, come ancor l'interesse de' duc. 704. non pagati, secondochè si è detto, 22 a' pupilli: e si vuol quì notare, che le usure del danaro pupillare dal tutor convertito in proprio uso, sono usure maggiori (a). E cotesto era il suo debito, quando restituiva que' due corpi a Faustina. Ritenendo poi, come già ritenne, la casa, dovea tanto crescere il debito, quanto era il prezzo di quella. Ostava dunque al Lollo l'eccezione della compensazione, per cui erasi prima della 23 transazione estinto il di lui credito, e l'ipoteca. E' verissimo quel, che insegnò l'antico chiosator Martino, cui seguirono il Donello, il Fabro, e ben molti altri de' più culti interpetri, e tra' nostri forensi, il Rodoerio (b), che ne cita presso che infiniti altri, e più decisioni del S. Consiglio, farsi *ipso jure* la compensazione de' vicendevoli debiti da quel tempo, che cominciano. Così l'Imperadore Alessandro (c): *Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates:* E perchè non si 24 creda, come da talun si è creduto, ammettersi dall'Imp. la compensazione *ipso jure* solamente ad impedire il corso delle usure, ecco un testo di Paolo (d), ove non di solo debito di usure, ma di qualunque debito si parla: *Verum est, quod & Neratio placebat, & Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest:* eccone ancora un

(a) *L. 1. C. de usur. pupill.* Accurs. *in d. L. 1.* Molinae. *de usur. q. 76. n.* 588.

(b) *Consil.* 45. *a num. 6.*

(c) *In L. si constat* 4. *C. de compens.*

(d) *In L.* 4. *ff. de compens.*

un altro (*a*) : *Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari:* ed ecco in fine un testo dell' Imp. Giustiniano, che di qualunque dubbio ci trae (*b*) : *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri, sancimus*. Azone, che, ad indurre la compensazione, stimò necessaria l'*opposizion dell' uomo*, dovea riflettere, che per la clausula, *ipso jure*, frequentissima ne' Libri della Legge, escludesi sempre il *ministerio dell' uomo*. Nè mi si dica, che non tutti i crediti di Faustina eran liquidi: poichè per Legge si han per liquidi anche que' crediti, che possono facilmente liquidarsi: *Ita tamen*, dice l' Imp. Giustiniano (*c*), *compensationes objici jubemus, si caussa, ex qua compensatur, liquida sit, & NON MULTIS AMBAGIBUS INNODATA, sed possit judici FACILEM exitum sui praestare*. Or di que' pochi crediti di Faustina, che non eran liquidi del tutto, agevolissima era la liquidazione. Ma si oppongano a' duc.2707.1.8. vero, e solo credito del Lollo que' soli debiti, ch' e' confessò nell' istrumento della transazione. Il primo era di ducati 911., de' quali si dichiarò debitore per lo maggior prezzo della casa, che ritenne: il secondo di duc. 1500. pe' conti della tutela. Dunque certamente dovea ducati 2411. Ma 'l vero, e solo suo credito era di duc. 2707. 1.8.: dunque in virtù di legal compensazione riducevasi il credito a' soli ducati 296., e per tanti, e non più rimaner poteva ipotecata la *mezzana*. Oltre cotesti due debiti confessati dal Lollo, altri ve n' erano non meno certi, comecchè non confessati. I ducati 704. residuo del prezzo della *mezzana*, e della casa, non nego, che, restituendosi a Faustina la *mezzana*, non le si doveano in-

(a) *In L.* 21. *eod.*
(b) *In L. ult. C. de compens.*
(c) *In cit. L. ult. V.* Capyc. Latr. *decis.* 25.

teri: ma l'interesse decorso dall'anno 1572. fino all'anno 1585. era un debito certo del Lollo, che avea percepiti i frutti della intera *mezzana* senz' averne pagato l'intero prezzo: e cotesto interesse, alla ragione non del 10. per 100., alla qual ragione si convenne, che da Faustina si pagasser le terze de' suddetti duc. 1800., ma del 5. per 100., ascendea dopo il corso di 13. anni a' duc. 457: ed ecco estinto anche il rimanente credito de' ducati 296., primachè la transazion si facesse: ed ecco il Lollo debitore di duc. 161. Anche gl'interi duc. 2707. 1. 8., de' quali era prima della transazione ipotecata la *mezzana*, erano un debito certo del Lollo. Dovendo costui, come si è detto, far vendere alcuno de' corpi liberi della eredità di Marino, e potendo, sol che l'avesse voluto, far vendere le case, e le vigne possedute da Giannalfonso padre di Faustina; espose volontariamente a vendita la *mezzana* sottoposta a fedecommesso, ed egli stesso la comperò, pagando una parte del prezzo alla Bulgarelli: onde restò poi sulla *mezzana*, in frode del fedecommesso, quella ipoteca, che sarebbe restata sopr'alcuno de' corpi liberi. Venne cotesto danno al fedecommesso dal fatto, e dal dolo di Lollo: e secondo la naturale, e la civile equità, Lollo dovea risarlo. Dunque nacquero ad un tempo il credito, e'l debito del Lollo, ed in virtù di legal compensazione ad un tempo si estin-
26 sero. E' ora manifestissimo, che fu del tutto inefficace la cessione poi fatta dal Lollo di quelle ragioni, che più non aveva. Il nostro Rodoerio, che meglio, che altri trattò cotesto punto, scrive (a): *Compensationem obstare cessionario, cui cessae fuerunt actiones ab eo, cum quo legis ministerio compensatum fuerat, quia illa cessio fuit inefficax tanquam facta post consummatum a jure compensationis*

(a) *d. conf. 45. n. 27.*

tionis effectum. Nè può giovare a' ceſſionarj del Lollo, che nella tranſazione dell' anno 1585. convenneſi, che ferma reſtaſſe ſulla *mezzana* l' antica ipoteca per ducati 1800.; poichè avendo già la legal compenſazione eſtin- 27 to il credito, fu poi fatta la tranſazione *ſine cauſſa*, e, come tale, non potea valer per nulla: come per lo di- 28 fetto della cauſa non ſi ſoſtiene nè men la ſentenza, che ſia paſſata in coſa giudicata: onde a chi per ſentenza ha pagato un debito, che non ci era, compete l'azion, che chiamaſi *condictio ſine cauſſa* (*a*). Dovrebbe provarſi, che 29 ebbe Fauſtina l' animo di donare, e che con tal animo volle pagar due volte lo ſteſſo debito. Ma ciò non ſi è provato, nè ſi preſume per Legge (*b*): anzi più toſto, che la donazione, preſumeſi da' Dottori l'error della Legge, o del fatto anche proprio (*c*).

Le coſe da me dette ſi confermano per più ſentenze profferite dal S. Conſiglio dopo la morte di Fauſtina. Non oſtante che aveſſe coſtei laſciati tre figli maſchi, nel dì 20. del meſe di Decembre dell'anno 1589. il S. Conſiglio dichiarò, che i beni fedecommeſſarj ſi appartenea-no ad Ippolita ſorella ſecondogenita. Succeſſivamente, eſſendoſi da Ippolita dimoſtrato, ch' era tra' beni al fedecommeſſo ſoggetti la *mezzana* poſſeduta da' figli di Fauſtina per la tranſazione dell' anno 1585., fu quella ſottopoſta a ſequeſtro per decreto del dì 1. del meſe di Marzo dell' anno 1590. Si oppoſero Muzio Caracciolo, e Ceſare Lollo. Coſtui tenea di quel tempo a fitto la *mezzana*, che gli era, com' e' credeva, ipotecata per annui 180.: onde con iſtanza del dì 18. del me-

(a) *L. ſi fullo* 2. *ff. de condict. ſine cauſ.* Salgad. *labyrint. p.* 3. *cap.* 1. *n.* 143. Gratian. *diſc.* 408. *tom.* 3. *n.* 33.
(b) *L. quum de indebito* 25. *ff. de probat.*
(c) Sabell. *in ſumm. v.* donatio, *num.* 4.

se di Maggio dell' anno 1590. pretese di esser mantenuto nell' affitto, e di poter ritenere gli annui 180. offerendosi a depositare il resto. Colui, a nome de' figli, dicea, ch' essendosi la *mezzana* venduta coll' autorità del Magistrato per un debito del fedecommettente, non era più soggetta al fedecommesso. L' affitto della *mezzana* finiva nel mese di Agosto. Ciò fece, che 'l sequestro si tolse nel medesimo dì della istanza, obbligandosi il Lollo a dare idonea cauzione. Ma, temendo costui della mal fondata ipoteca, nel dì 29. del mese di Maggio espose in una supplica al S. Consiglio la compera, che aveva egli fatta *sub hasta* della casa, e della *mezzana* per ducati 3411., de' quali avea pagati alla Bulgarelli ducati 2707. 1. 8. in estinzione d' un debito del fedecommettente: la cessione delle ragioni fattagli da colei: e la transazione dell' anno 1585., che gli confermò l' antica ipoteca per la somma di duc. 1800. di capitale, e per gli annui 180.: e perchè Ippolita non intendea di continuare il pagamento degli annui ducati 180., supplicò, che 'l S. Consiglio dichiarasse, *dictam mezzanam fuisse obligatam annis singulis in ducatis* 180. Per le cose in cotesta supplica espresse, non dovea punto temere il Lollo di sua ipoteca. Ma niun conto ne tenne il S. Consiglio. Dato, e compilato il termine sulle vicendevoli pretensioni, s' interpose il seguente decreto: *Mezzana, & domus in actis deductae, appretientur tam habito respectu ad tempus venditionis sub hasta, quam ad praesens tempus, ut, viso appretio praedicto, per S. C. provideri possit super hinc inde praetensis*. A prima giunta par molto strano cotesto decreto. Le controversie, che si aveano a decidere, eran due: l' una, se la *mezzana*, che per un debito del fedecommettente si era venduta *sub hasta*, soggiacesse ancora al fedecommesso, come da Ippolita si pretendeva, o fosse libera, come pretendeasi dal

Ca-

Caracciolo: l' altra, fe la *mezzana* foſſe ſottopoſta ad ipoteca, come diceva il Lollo, o foſſe libera di un tal peſo, come Ippolita pretendea. Or che avea che fare con coteſte due controverſie l'apprezzo della caſa, e della *mezzana* per riſpetto così del tempo della vendita, che ſe n'era fatta *ſub haſta*, come del tempo preſente? E perchè, cadendo la controverſia ſulla ſola *mezzana*, ſi ordinò l' apprezzo per riſpetto di que' due tempi ancor della caſa? O quanto pieno di ſapienza fu 'l decreto del S. Conſiglio! Se 'l Lollo, tutore de' figli del fedecommettente, avea per dolo fatto vender quel fondo, ed avealo egli ſteſso comperato a viliſſimo prezzo in frode del fedecommeſso: ſe per diſmettere un picciol debito del fedecommettente aveva alienato un fondo di gran valore, e ſe 'l potea diſmettere con vendere la ſola caſa; era certamente da credere, che non foſse la *mezzana* paſsata libera nè nel compratore, nè in altrui: e ſe avea Ceſare Lollo a viliſſimo prezzo comperato quel fondo, e ne avea poi per lo ſpazio di venti, e più anni ritratto frutti eccedenti d' aſſai il frutto del danaro pagato, doveano in virtù di legal compenſazione averſi per eſtinti il credito, e l'ipoteca. Inſegnano i Dottori, che ſebbene alieniſi il fondo per diſmettere i debiti del fedecommettente, anche con decreto di giudice, nondimeno l'alienazione non ſi ſoſtiene, quandochè contenga leſione molto ecceſſiva, perchè aſſi come fatta per dolo, e per colluſione a diſtruzione del fedecommeſso (a). Inſegnano ancora, che, alienandoſi un fondo di gran valore per diſmettere un picciol debito, può 'l fedecommeſsario rivocar l'alienazione *in totum*: nè perchè per una parte del fondo l'alienazione fu neceſsaria, e ſeguentemente lecita, può pretendere il poſseſsore, che 'l fedecommeſsario la rivo-

30

31

(a) Cephal. *conſ.* 344. *n.* 23.

rivochi per quella parte sola, per cui fu volontaria, e seguentemente illecita; poichè, se maggiore è la parte, che fu volontariamente alienata, questa trae seco anche l'altra, per quel detto volgarissimo degl'interpetri, ch'è
32 tratto dal seno della Romana giurisprudenza: *In mixtis inspicitur causa, quae praeponderat*. Così ragionano il Gabriello (*a*), il Peregrino (*b*), il Fusario (*c*), ed altri. Si è poi chiaramente mostrato, che la compensazione de' vicendevoli debiti fassi *ipso jure*.

Il decreto si eseguì, e i periti, intesi Caracciolo, e Lollo, riferirono nel dì 24. del mese di Gennajo dell' anno 1594., che la casa, e la *mezzana* vendute *sub hasta* per duc. 3411. valeano nel tempo di quella vendita ducati 10200., cioè, la mezzana duc. 8000., e la casa 2200.: il quale apprezzo restò fermo non solo contra 'l Lollo, che non mai se ne gravò, ma ancora contra 'l Caracciolo, il quale, sebbene se ne fosse gravato, nondimeno fece passare tutti i termini, che gli diè benignamente il S. Consiglio, e non ne procurò mai la revisione. Quindi nel dì 21. del mese di Ottobre dell' anno 1596. il S. Consiglio, decidendo la prima controversia tra Ippolita, e 'l Caracciolo, dichiarò, *in restitutione bonorum subjectorum fideicommisso venire mezzanam:* e perchè pendea nella medesima Ruota, e dinanzi allo stesso Commessario la seconda controversia tra Ippolita, e Lollo per rispetto della ipoteca, soggiunse: *soluta tamen prius concurrenti summa per S. Consilium declaranda quantitate soluta pro dotibus Bernardinae Burgarellae*. Ma se aveva il Lollo pagato interamente alla Bulgarelli quanto le si dovea: e se nella transazione dell'anno 1585. si era

(a) *Conf.* 118. *n.* 5. & 6. *vol.* 1.
(b) *De fideic. art.* 40. *n.* 26.
(c) *De subst. q.* 541. *n.* 13.

era espressamente convenuto, che restasse ferma a suo benefizio sulla *mezzana* l' ipotèca per la somma certa di duc. 1800. di capitale, e di annui 180.; perchè disse 'l S. Consiglio, che doveva Ippolita pagare sulla *mezzana* la quantità pagata alla Bulgarelli *pro concurrenti summa declaranda?* Perchè, ponendo mente al vilissimo prezzo, per cui aveva il Lollo dolosamente comperato quel fondo, ed alla eccessiva quantità de' frutti, che ne avea per lungo tempo percepiti, credè, che si fossero il credito, e l'ipoteca estinti o del tutto, od almeno in gran parte.

Ma fu poi dal S. Consiglio solennemente decisa anche la seconda controversia tra Ippolita, e 'l Lollo per rispetto della ipoteca. Aveva Ippolita nel dì 3. del mese di Aprile dell'anno 1595. fatto istanza, che'l S. Consiglio dichiarasse, che non competeva al Lollo alcun diritto sulla *mezzana* pe' pretesi duc. 1800., de' quali era stato interamente soddisfatto su i frutti della casa, e della *mezzana:* anzi, che'l condannasse a restituirle quel, che compensati i duc. 1800. con pari quantità di frutti aveva esatto di più: ed oltre a ciò, altri ducati 600. coll' interesse decorso dal dì delle sue nozze, che avea promesso di pagarle nella transazione dell'anno 1585.

In vista di questa istanza, e delle pruove fatte nel corso del giudizio, il S. Consiglio profferì nel dì 5. del mese di Ottobre dell' anno 1598. la seguente sentenza: *Visa comparitione oblata pro parte Hyppolitae de Finabellis contra Caesarem Lollum: visis denique videndis, per hanc &c. declaramus, Caesarem Lollum condemnandum esse ad solvendum petitos ducatos sexcentum una cum omnibus damnis, expensis, & interesse liquidandis &c.* Fu seguentemente liquidato l' interesse nella somma di duc. 535. 2. 10., per la qual somma si spediron poi contr' al Lollo le lettere esecutoriali. Sono quì da riflettere più cose. Avea chiesto il Lollo, che avesse il S. Consiglio dichiarato,

rato, esser la *mezzana* ipotecata per duc. 1800. di capitale, e per annui 180. Avea per contrario chiesto Ippolita, che avesse dichiarato, non competere al Lollo ragione alcuna su quel fondo per lo preteso credito, e per la pretesa ipoteca, anzi che l'avesse condannato a pagarle altri duc. 600. coll'interesse. Il S. Consiglio, compilato il termine, condannò Lollo a pagare i duc. 600. e l'interesse. Dunque il S. Consiglio ebbe per estinti il credito del Lollo, e l'ipoteca. Se non gli avesse avuti per estinti, non l'avrebbe condannato al pagamento de' ducati 600. e dell'interesse. Il debito del Lollo nascea da quel medesimo istrumento di transazione, da cui nasceva il credito. Il credito era di duc. 1800., il debito di duc. 600. Se 'l credito non si fosse avuto per estinto, essendo di maggior somma, avrebbe il S. Consiglio compensato il debito con una pari quantità di credito, ed avrebbe poi dichiarato, che restava ferma sulla *mezzana* l'ipoteca per duc. 1200. di capitale, e per annui 120.

33 E così dovea fare: *Judex*, son parole del Rodoerio (a), *quando palam ei de jure compensationis apparet, debet ex officio illius jam consummatum (ipso jure) effectum agnoscere, debitumque compensatum pronunciare*. Che se dall' essere stato il Lollo condannato a pagare i ducati 600. non si voglia dedurre, che 'l credito de' duc. 1800. si ebbe per estinto, almeno se ne dedurrà, che 'l S. Consiglio, avendo presente la sentenza dell'anno 1596. ordinante la restituzion della *mezzana*, *soluta tamen prius pro concurrenti summa declaranda quantitate soluta pro dotibus Bernardinae Bulgarellae*, ebbe quel credito per illiquido a segno, che non volle, nè potè compensar con quello un debito di somma molto minore: tanto, che sebbene avesse il Lollo, quando gli si notificò la monizione per la discus-

(a) *Conf.* 45. *n.* 15.

scussion del calculo, espressamente opposta la compensazione, di ciò non si tenne alcun conto, segno ben chiaro, che dovette il S. Consiglio temere, che, dichiarandosi poi la quantità, non si dichiarasse molto minore de' detti duc. 600., e minore ancora de' duc. 535., quanto l'interesse importava.

Ostavano adunque al Lollo l'eccezioni della compensazione, e della cosa giudicata, le quali, com' eccezioni *in rem*, dovevano ostare anche a' di lui cessionarj, tuttochè cessionarj per causa onerosa, come per più chiarissimi luoghi del jus civile A. Fabro insegnò (a). Ostava ancora al Lollo l'eccezione del dolo, la quale sebbene, com' eccezione *in personam*, ostar non potrebbe a' cessionarj per causa onerosa (b), pur nondimeno osterebbe loro, quando le cessioni fosser tali, che le azioni s' istituissero *ex persona cedentis* (c). Sarebbero dunque da osservare le cessioni, le quali non si sono, come si conveniva, esibite da' Padri, donde nasce altra nuova eccezione contra di loro.

34

35

Prima della transazion fatta co' Signori Provenzali, non aveano essi, ed ancora non han provato di aver acquistate le ragioni di Cesare Lollo sulla *mezzana*. L'ipoteca, di cui si tratta, si vuole, che ne' Padri di S. Domenico sia passata così. Cesare Lollo vendè nell' anno 1597. a Francescantonio Recco gli annui 180., che per capitale di ducati 1800. gli si doveano su i primi frutti della *mezzana*. Ma poichè 'l Recco avea fin dal dì 13. del mese di Maggio dell'anno 1596. venduti a Giuseppe Jovene coll' obbligo *in solidum* di Federigo Candido annui duc. 112. 50. per capitale di duc. 1500., non

(a) *Conject. lib.* 12. *cap.* 9.
(b) *L.* 4. §. 31. *de doli mal. except.*
(c) A. Fabr. *loc. cit.*

avendo pagate le terze, si liquidò contra lui, e contra 'l Candido l'istrumento: e poichè tra' beni futuri dal Recco ipotecati nell' anno 1596. vi fu poi il credito sulla *mezzana* vendutogli dal Lollo l' anno 1597., fu cotesto credito *eseguito*. Ma Federigo Candido pagò, ed ottenne da Jovene la cession delle ragioni: e così passò l' ipoteca in Federigo, a' di cui eredi si aggiudicò poi quell' annuo censo dalla G. Corte nel dì 24. del mese di Luglio dell' anno 1613. Or possedendo Antonio, Alfonso, e Vincenzo Caracciolo la suddetta *mezzana* in virtù della donazione fattane loro da Ippolita, ne venderono nel dì 1. del mese di Decembre dell' anno 1620. dieci *carri* e mezzo a Giulio Passaro per duc. 5827. 50., de' quali ne pagò duc. 1800. agli eredi di Federigo, cioè 900. a Lelio Candido, ed altrettanti a Livia Candido, da' quali ottenne le cessioni: ed ecco come passò l' ipoteca nella persona di Giulio Passaro. Di Giulio fu erede Ottavio suo fratello, che facendo dono di tutti i suoi beni a' Padri di S. Domenico della Città di Ariano, in essi trasferì quell' antico jus d' ipoteca, ch' ebbero l' un dopo l' altro sulla *mezzana* Bernardina Bulgarelli, Cesare Lollo, Francescantonio Recco, Giuseppe Jovene, Federigo Candido, e Giulio Passaro.

Ma non tutte coteste cose da' Padri di S. Domenico si son provate. La vendita fatta da Lollo a Recco bastantemente si prova per una fede d' istrumento. Non si prova però nè la cession fatta da Recco a Jovene, nè la cession fatta da Jovene a Candido. Si produce in pruova dell' una, e dell' altra l' istrumento della vendita, che fecero d' una parte della *mezzana* a Giulio Passaro i Caraccioli l' anno 1620. Ma non è cotesto l' istrumento, in cui le dette cessioni si fanno. Quivi da' Caraccioli semplicemente si asserisce, che Recco debitore di Jovene gli obbligò sotto il nome de' beni futuri quell' annuo censo

so di duc. 180.: che fu quel censo *eseguito*: che Candido pagò 'l debito, e ne ottenne la cessione. Da ciascuno si sa, che per semplice *asserriva* non si prova concludentemente il credito. Era uopo, che i Padri di S. Domenico esibissero l' istrumento del credito di Jovene coll' ipoteca di tutti i beni presenti, e futuri, e legittimi documenti del pagamento fatto da Candido a Jovene, e della cession fatta da Jovene a Candido: ed era uopo, che gli esibissero anche perchè si vedesse, se le cessioni eransi fatte a tempo, e secondochè prescrivon le Leggi, essendo pur troppo noto, che non fatte a tempo, e legittimamente, non trasferiscono ne' cessionarj jus d' ipoteca (a). Or tolta di mezzo la transazion fatta tra l' illustre Casa del Duca di S. Agapito, e i Padri Domenicani, costoro, che altro posson pretendere, se non che l' esecuzion del decreto del S. Consiglio, che quella *dichiarazione* si riservò? E ben contento è D. Francesco Provenzale, che, tolta di mezzo la transazione, la riservata dichiarazione si faccia. Assi cotesta dichiarazione a fare secondo gli apprezzi dallo stesso S. Consiglio ordinati della casa, e della *mezzana*. Gli apprezzi sono negli atti, e secondo essi, restava Lollo prima della transazione dell' anno 1585. debitore di più migliaja.

36

§. II.

Per rispetto della vindicazione, *ostava a' Padri di S. Domenico il difetto della pruova.*

SI è detto nel Capo I. di questa Scrittura, che de' dodici carri, e mezzo, de' quali la *mezzana* costava, cinque furono dal tavolario Giordano assegnati a Cesa- re,

Gg 2

(a) Salgad. *labyrinth. p.* 3. *cap.* 7. *n.* 49. & 50.

re, ed a Porzia di Majo. Or una parte de' carri, che restaron presso il Passaro, si pretendea da' Padri Domenicani, che si fosse da' Duchi di S. Agapito occupata. Ma quanta parte, e quando? Nè 'l tempo, nè la quantità si sapea da' Padri. Ecco come proposero l'azione: *Che i Duchi di S. Agapito, continuatis temporibus, aveano usurpato molta parte dell' altra parte della mezzana, ch'era rimasta a Ottavio, e successivamente al Monistero.* Ma come il provarono? Primachè della pruova da lor fatta si parli, è da notare, che pretendeano essi, sua essere una parte di fondo, la quale da' Duchi di S. Agapito si possedea. L'azione adunque istituita da' Padri era

37 la *vindicazione*, nel qual giudizio non incidentemente, ma principalmente trattavasi del dominio. Or' importa d'assai, che incidentemente, o principalmente del dominio si tratti. In questo caso richieggonsi pruove piene, e concludenti: in quello bastano pruove più leggiere. Così scrive per comun sentimento il Pacione (a): *Haec est distinctio communiter recepta, & valde notabilis, ut si agatur de dominio principaliter* (che val tanto, quanto *ad effectum vindicationis*, come parla la Ruota Romana (b)) *requiritur probatio PLENA, & CONCLUDENS: secus autem si agatur de eo incidenter.*

Si esamini ora, se piena, e concludente era la pruova fatta da' Padri. Produssero sei testimonj. Due di essi, cioè 'l quinto, e 'l sesto, dissero di sapere, che i Padri *si lamentavano, che 'l possessore delle carra cinque di mezzana aveva usurpata buona parte di quella, che possedeva il Monistero.* Bel pajo di testimonj! La causa, che allegarono della scienza, era il detto de' medesimi litiganti, che gli produssero: seguentemente non debbono meritar fe-

(a) *De locat. cap. 27. num. 78.*
(b) *Recent. p. 9. decis. 464. num. 10.*

fede. Anche due altri testimonj, cioè 'l terzo, e 'l quarto, dissero lo stesso. Finalmente il secondo, e 'l terzo testimonio dissero, che 'l solco dividente la *mezzana* de' Duchi di S. Agapito dalla *mezzana* de' Padri di S. Domenico si era dilatato, e si dilatava sempre più di giorno in giorno. E questa è una seconda occupazione diversa dalla prima delle sei versure fatte rompere, e seminare. Ed ecco la gran pruova, che nel termine si fece da' Padri. E questa è quella pruova *piena*, e *concludente*, che richiedesi nel giudizio della *vindicazione?* Tanto inverisimili sono le cose, che da cotesti testimonj si dicono, che nulla più. Tre di essi dicono, che i Duchi di S. Agapito aveano occupate *sei versure in circa*. Come sanno essi, che son sei, non quattro: che son sei, non otto? I Padri, ch' eran padroni del fondo occupato, e che, com' è da presumere, doveano saper meglio, che altri, i proprj fatti, non sanno, quanta parte di fondo lor manchi, e 'l sanno poi i testimonj!

Dunque molto meno, che dalla ipotecaria, poteano i Padri sperare dalla *vindicazione:* nel qual giudizio non si era fatta pruova nè piena, nè semipiena. Or tolgasi, com' e' vogliono, di mezzo la transazione dell' anno 1747., e per coteste belle testimonianze si decida la causa. Chi non assolverà l' illustre casa de' Duchi di S. Agapito? Chi non condannerà i Padri anche alle spese?

Ripiglia l' avveduto Difensore de' Padri. Oltre la pruova nascente da' detti de' testimonj, ci è ben altra pruova della occupazione nascente da pubbliche scritture. I Provenzali cederono per transazione a' Padri versure sette, e mezza di quella *mezzana*, che possedeano com' eredi di Porzia, e di Cesare di Majo: indi nell' anno 1749. ne venderon cinque carri a D. Giannantonio Cessi. Ma non più che cinque carri furon dal tavolario Giordano assegnati a Porzia, ed a Cesare, nè più che cin-

que

que da Cesare, e da Porzia passarono a' Provenzali: dunque le versure sette, e mezza, cedute a' Padri, erano le versure da' Provenzali occupate. Di ciò non contento, si studia di mostrare per nuovo argomento, che diciotto e mezza, non che sette versure, e mezza si occuparono da' Duchi di S. Agapito. Il tavolario Giordano (e' soggiunge) assegnò nell'anno 1631. a Cesare, ed a Porzia cinque carri di *mezzana*, che sono versure 100., ed altre 148. versure di terreno *seminatorio*, in tutto versure 248. I Provenzali ne cederono a' Padri 7. e mezza di *mezzana*, ed altre 6. del territorio detto la *spina santa*, in tutto 13. e mezza: dappoi venderono a Cessi altre 253. versure. Dunque prima della transazione ne aveano versure 266. e mezza, 18. e mezza di più. Dunque 18. e mezza ne aveano occupate.

Potrei rispondere, che di cotesti argomenti, come prodotti dopo la transazione, non è da tenere alcun conto. Le transazioni non han meno di forza, che le cose giudicate: nè si rescindono per nuovi istrumenti, che si sieno dappoi ritrovati. Così rescrissero gl' Impp. Diocleziano, e Massimiano (a). Or che assi a dire di due meri argomenti?

38

Per le cose dette, spera D. Francesco Provenzale dalla sapienza, e giustizia de' Signori Giudicanti, che, tolta di mezzo la transazione, abbiano a condannare i Padri Domenicani della Città d' Ariano a restituire quanto in virtù di essa han ricevuto, e i frutti ancora; e ad assolver lui da quelle molestie, che que' mal consigliati Padri gli han date.

Di Casa il dì 23. del mese di Novembre dell' anno 1759.

Per

(a) *In L. 19. & 20. C. de transact.*

Per D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi, e e per gli altri obbligati per lo Razional della Reg. Camera D. Giovanni di Tommaso contr' al Reg. Fisco.

A R G O M E N T O.

Si additano alquanti difetti di una transazion fatta col Regio Fisco; e dimostrasi, I. Che l'obbligo contratto dalle suddette D. Barbara, e D. Nicoletta, le quali obbligaronsi per lo respettivo marito, e cognato, sia stato da principio nullo, come contratto contra la Prammatica unica *de S.C. Vellejano*. II. Che la transazione fu da principio nulla, poichè per la medesima il Fisco, senza dar nulla alle suddette obbligate, conseguì molto più di quello, che pretender poteva. E finalmente, che di tale transazione non abbiasi a tener conto veruno, come quella, che fu fatta per falsa causa, o sia per falso presupposto.

S O M M A R I O.

1 *LA donna, per lo Vellejano, non può obbligarsi per altrui. Il più degl' Interpetri insegnano, che l' obbligazione da principio sia nulla.*

2 *Se la donna, che sia da principio obbligata, possa valersi del Vellejano, al quale non abbia espressamente rinunziato.*

3 *La Prammatica unica* de S. C. Vellejano, *dichiara nulle le fidejussioni, e le rinunzie, e nulli i giuramenti delle donne.*

4 *Se alla suddetta Prammatica unica dispensar possa la Real*

Real Camera di S. Chiara, oppure debbasi impetrar la dispensa dal Re.

5 *Se la donna, dopo il biennio, conferma l' obbligo, che contrasse per altrui, non può per jus comune valersi del Vellejano. Eccezioni di questa massima:* Ved. i num. seg.

8 *La geminazion dell' atto, induce evidente consenso.*

9 *Se cessa il Vellejano, quando la moglie, senza dispensa, si obbliga per liberar di prigione il marito:* Ved. i num. seg.

10 *Quando l' obbligo della donna torna in utilità sua, cessa il Vellejano, eccetto però dove siaci lo Statuto annullante gli obblighi delle donne.*

13 *Invalido fu dal S. Consiglio dichiarato l' obbligo da una madre, contratto per trar di prigione un figlio nobile, e povero.*

14 *Que' Dottori, che han creduto potersi la moglie senza dispensa obbligare per liberar di prigione il marito, parlano di marito incarcerato per causa civile, non per delitto.*

15 *L' Isola, ove mandasi un reo, è non altro, che una prigione.*

16 *Nulla è la transazione, se dall' una, e dall' altra parte non si dà, o si promette.*

17 *Qual sia la pena della falsità, giusta il jus Comune: e qual sia, giusta le Leggi del Regno.*

18 *Il peculato, unito alla falsità, come si sia punito ne' nostri Tribunali.*

19 *Il peculato, dalle Leggi Romane, è punito colla deportazione: e i soli Giudici, rei di peculato, son puniti colla pena della morte.*

20 *I rei di peculato, tuttochè pubblici uffiziali, secondo le più recenti Leggi del Regno, si puniscono colla pena del* nonuplo, *e con altre corporali ad arbitrio del Re:* Ved. i num. seg.

21 L'

21 *L' espressione*, capite puniantur, *se abbiasi ad intendere per la morte naturale, o civile:* Ved. il num. 19.

23 *Nel dubbio, s' impongon sempre le pene più miti.*

24 *Nel Principe, ad esempio di Dio, le cui veci fa sulla terra, riluce, sopra ogni altra virtù, la clemenza.*

25 *Come assi a provare il dolo.*

26 *Quali pruove ricercansi nelle cause criminali, perchè possa farsi luogo alla pena della Legge.*

27 *Chi sottoscrive una scrittura, fa presumere, che l' approvi.*

28 *La scienza, dove trattasi di pena, o di grave pregiudizio, deve esser vera, ed esplicita, non bastando la presunta:* Ved. il num. 33.

29 *Qual sia la regola da conoscere, quando la falsa causa noccia, o non noccia all' atto.*

30 *L' errore toglie il consenso.*

31 *E' così vasta la giurisprudenza, che l' ignorarne il tale, o 'l tale luogo, non fa vergogna.*

32 *L' error di Legge nuoce, dove si voglia far lucro: non nuoce, dove trattisi di schivar danno.*

33 *La scienza presuntiva, dove trattasi di fare acquisto, basta: dove poi trattasi di perdere un jus acquistato, non basta.*

34 *Anche gli uffizj, cui sta annessa l' amministrazion della giustizia, possono per volontà del Sovrano diventar venali.*

ALLEGAZIONE X.

NEll' anno 1748. si fece denunzia al R. Fisco, che ne' conti del Percettore della Provincia di Terra di Lavoro D. Ferdinando Cariello, si eran commesse frodi da esso Cariello, da due suoi uffiziali Antonio Tamaro, e Geronimo Parrini, dal Razional Sansone, e

da' Prorazionali Pacileo, Galdieri, e Paliotti. Alle prime voci, che se ne sparsero, il Sansone, e 'l Galdieri, si fuggirono: gli altri furono incarcerati. Consapevole, e partecipe delle frodi credè fin dal principio il Fisco, che stato fosse il Razional della R. Camera D. Giovanni di Tommaso, come colui, che avea ricevuti, e riferiti nella seconda Ruota que' conti, e sottoscritte le *declaratorie* in benefizio di quel Percettore: ma 'l Razional di Tommaso niente commosso nè dalla fuga del Sansone, e del Galdieri, nè dalla incarcerazion degli altri, veniva ogni dì con viso sereno nel Tribunale, e tornava tranquillo a casa. Cotesto grande argomento di non macchiata coscienza, e le tante pruove da lui date per tutta la sua lunga età d'interezza, e di fede, fecero allora, che la parte più sana di questa Città nostra, non lasciandosi trarre dal volgo, che reo, come gli altri, il volea, credesse a fermo, che colui, pieno di anni, e di pubbliche cure, avesse ricevuti, e riferiti que' conti a fede di alcun suo Prorazionale: cosa non lodevole, ma cosa usata. Finalmente fu 'l Razional di Tommaso incarcerato, e *rubricato*, come gli altri, di *peculato con falsità*. Il Cariello, in capo a pochi giorni, morì nelle carceri: il Pacileo, il Paliotti, e 'l Tamaro confessarono il lor delitto: nè potean negarlo. Alcuni loro privati biglietti verificati dal Regio Fisco, e la scrittura istessa de' conti, gli convinceano. Ma nè le angustie delle carceri, nè i lunghi, e gravi disagi poteron mai vincer la costanza del Razional di Tommaso, e trargli di bocca la falsa confessión di un delitto, di cui era colpato a torto: nè le tante cure del Fisco, cui, trattandosi di proprio interesse, agevole suol riuscire più, che a qualunque privato, la pruova, poteron mai fare, che ne restasse convinto. Volgeva il settimo anno, da che languivano nelle carceri i *rubricati*, ed era intanto *inverificabile l' indenniza-*

zione

zione del credito fiscale per la insufficienza degli effetti sequestrati: quando ecco s'insinua loro, che trovin modo da provvedere alla indennità del R. Fisco, e per rispetto della pena, rinunziando alle difese, si rimettano alla clemenza del Re. Così pieni essi di bella speranza, umiliano una *Supplica* a S. M., nella quale promettono di pienamente indennizare il R. Fisco su i loro beni, e su i beni de' lor congiunti, ed implorano per le pene la clemenza Reale. Per non farla lunga, fu 'l progetto da S. M. benignamente accettato, e 'l Razional di Tommaso si obbligò di pagare per la sua rata al R. Fisco la somma di duc. 9000., de' quali pagò prontamente 3722. ritratti dalla vendita di alcuni beni di D. Nicoletta sua moglie, e di D. Barbara Punzi sua cognata: e per rispetto de' rimanenti 5278. promise di pagarli dentro lo spazio di 7. anni, ed esibì viglietto di pubblico mercatante: e per cautela maggiore del R. Fisco, si obbligarono ancora su i proprj beni le suddette D. Nicoletta, e D. Barbara, e i quattro di lui figliuoli D. Emmanuele, D. Domenico, D. Vincenzo, e D. Filippo, e i costoro cugini D. Biagio, e D. Giuseppe di Tommaso. Ecco un nuovo grandissimo argomento della onestà del Razional di Tommaso. Razionale di lui più abile, e più di lui adoperato ne' più gravi, e più lucrosi affari della R. Camera, forse non ci è stato a ricordo d'uomo. E pure non avea roba da far cauto il Fisco per la somma di 9000. ducati. Torno ora, donde son dipartito. Fatta a cotesto modo la transazione col R. Fisco, il Razional di Tommaso uscì delle carceri, ma fu messo in una nave, e balzato nell'isola di Lipari, dove, in capo a pochi giorni, si morì. Or de' duc. 5278., restavano a pagarsi 3000. nell'anno 1759., somma molto eccedente le deboli forze del patrimonio degli obbligati: quando le due sventurate donne D. Nicoletta, e D. Barbara, riconsigliatesi

co' loro Savj, e fatte accorte di molti difetti della transazion fatta col Fisco, ricorsero alla giustizia, ed alla clemenza dell'amabilissimo nostro Sovrano, dicendo, che non solo non eran tenute di pagar la restante somma al Fisco, ma ch'era tenuto il Fisco di restituire l'indebito esatto coll'interesse; ed oltre a ciò, per altre cause, dovea considerevoli somme a' poveri figli del Razional di Tommaso. S. M. rimise la loro *Supplica* alla R. Camera della Sommaria. Questa col suo parere l'escluse; ma non l'escluse il Re. La relazione della R. Camera, e molte altre carte alla causa appartenenti, la *Supplica* di quelle infelici, e due brevi Scritture, che da me si eran fatte in lor pro, furono da S. M. rimesse con legge d'impenetrabil segreto a tre suoi riguardevolissimi Ministri. Due di essi, per quel, che la fama ne sparse, riferirono in iscritto separatamente l'uno dall'altro, ch'era giusta la *Supplica*. Furon poi per nuovo ordin Sovrano chiamati tutti e tre nella Real Segreteria, ed essendosi discusso meglio l'affare, il terzo fu d'accordo coi due. Fatto tutto ciò, nuovamente ha la M. S. rimessa la causa al Tribunale della R. Camera, e gliel'ha rimessa con un Dispaccio, che mi giova quì di trascrivere: *Dopo che inteso il Re di quanto manifestò la Camera della Sommaria con sua Consulta di Agosto del passato anno, escludendo le pretensioni formate da D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi, così per l'invalidità dell'obbligo, che fecero a favore del R. Fisco colla nota transazione del* 1756 *in somma di ducati* 9000. *per ragion delle frodi, di cui veniva caricato il Razionale D. Giovanni di Tommaso loro marito, e cognato rispettivo, come per la restituzione delli duc.* 5000, *pagati da detto Razionale in tempo del governo Alemano per la compra della commessa del R. Cedolario a tenore della general determinazione del* 1738., *ed anche per il compenso di fatiche straordinarie fatte dallo stesso Razionale,*

nale, al qual sentimento della Camera NON PIACQUE A S. M. UNIFORMARSI; *essendosi poi prese in considerazione le scritture, che furono richieste, e rimesse dalla Camera concernenti ad una tal dipendenza, come altresì le* MOLTE RAGIONI ESPOSTE DALLE MENTOVATE PUNZI IN APPOGGIO DELLE LORO PRETENZIONI, *ed in vista ancora delli* VARJ PARERI, *che si sono intesi, con li quali è stato* DIFFERENTEMENTE ESAMINATO, E DATO GIUDIZIO SU QUESTO AFFARE; *è venuta S. M. in risolvere, che per non caricarsi di veruno scrupolo, ed acciò non si perda maggior tempo con ordinare ulteriori discussioni, e nuovi informi su la materia, si decidano formalmente dalla Camera gli espressati punti dedotti dalle Punzi in termini di giustizia colla più possibile brevità, e dando conto dell'esito: lo che prevengo a V. S. per intelligenza della Camera, e puntuale adempimento. Palazzo 24. Settembre 1761.* Di ciò non contenta la pietà del Re, volle aggiunti a' dottissimi ed interissimi Ministri della R. Camera della Sommaria due altri non men dotti, ed interi Ministri col seguente Dispaccio: *Ha voluto il Re per* SUOI GIUSTI MOTIVI, *che nell'esame, e decisione da farsi nella Camera della Sommaria della causa relativa alle pretensioni promosse da D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi circa l'invalidità dell'obbligo, che fecero a beneficio del R. Fisco colla nota transazione sulle mancanze, che venivano addossate al fu Razionale D. Gio: di Tommaso, e restituzione del prezzo pagato al governo Alemano per la compra della commessa del Regio Cedolario fatta da detto Razionale, intervengano per Ministri aggiunti li Consiglieri di S. Chiara D. Carlo Paoletti, e D. Domenicantonio d'Avena: e prevenendosi alli medesimi il convenevole, lo partecipo nel tempo stesso a V. S. di Real ordine per intelligenza, e regola del Tribunale. Palazzo 13 Ottobre 1761.*

Or

Or il tempo della decisione è questo. Io, che difendo le due infelici donne D. Nicoletta, e D. Barbara Punzi, e gli altri obbligati per lo Razional di Tommaso, dividerò questa Scrittura in due Capi. Nel primo ragionerò de' difetti della transazion fatta col R. Fisco: nel secondo de' crediti de' figli, ed eredi del suddetto Razionale.

CAPO I.

Si mostrano i difetti della transazione fatta col R. Fisco.

MOlti sono i difetti della transazion fatta col R. Fisco. Uno di essi è difetto di solennità: gli altri sono di volontà. Convien dunque, che questo Capo in più §§. si divida.

§. I.

L'obbligo contratto da D. Nicoletta, e da D. Barbara Punzi, fu dal principio nullo, come contratto contra la Pr. un. de S.C. Vellejano.

CHe nullo sia stato da principio cotest' obbligo, e che seguentemente debba il Fisco restituire l'indebito esatto coll'interesse, agevolmente si mostra. Non può la donna per lo Senatusconsulto Vellejano obbligarsi per altrui (a). Il più degl'interpetri insegnano, che l'obbligazione da principio è nulla (b). Quandochè poi sia la don-

1

2

(a) *Tit. ff. & Cod. ad S.C. Vellej.*

(b) *V.* Peret. *in d. tit. C. num.* 1. & 2.

donna, com' altri crede, da principio obbligata, certamente la difende a bastanza l'eccezion del Vellejano (*a*), purchè, istrutta di sua ragione, non v'abbia espressamente rinunziato (*b*). Ma molto migliore è la condizion delle donne, secondo le Leggi particolari del nostro Regno. La Prammatica *un. de S. C. Vellejano*; dichiara nulle le fidejussioni delle donne, nulle le rinunzie del Vellejano, nulli i giuramenti, sotto cui questi, o quelle si facciano: anzi dice, esser tutti cotesti atti contrarj a' buoni costumi non solo civili, ma ancora naturali: *Declarantes etiam* (eccone le parole) *tales obligationes, & renunciationes ex caussis praedictis contra bonos mores civiles, & naturales, etiam comprehendi sub regula juris Canonici, nec esse obligatorium contra bonos mores praestitum juramentum*. Dunque niun conto è da tenere dell' obbligo di D. Nicoletta, e di D. Barbara Punzi. 3

Si oppone dal R. Fisco la *Regia Dispensa* del dì 21. del mese di Gennajo dell'anno 1756, in virtù della quale coloro si obbligarono.

Si risponde, che non poteva in ciò dispensare, come fece, la Real Camera di S. Chiara, e doveva impetrarsi la dispensa dal Re. Non si dubita, ch' era maggiore la giuridizione dell'abolito Collaterale, che non è la giuridizione della Real Camera di S. Chiara. Or la sopraccitata Prammatica, che nulle dichiarò le fidejussioni delle donne, tolse a tutti i Magistrati, e nominatamente al Collaterale la potestà di dispensare: *Mandamus circumspectis Regentibus R. Cancellariam, S. R. Consilio, Camerae Summariae &c. ut praesentem R. Pragmaticam ad unguem, & inviolabiliter observare habeant, & debeant, juxta sui seriem, & tenorem, ABDICANTES AB* 4

OMNI-

(a) *L.* 2. *C. eod.*
(b) *L.* 21. *C. eod.*

OMNIBUS SUPRADICTIS jurisdictionem in contrarium judicandi, & declarandi: onde francamente disse il de Ponte (a): *Si diceretur, Collaterale declarare, & limitare Pragmaticam, dicimus, unum ex Regentibus, imo totum Collaterale hoc facere minime posse inconsulto Principe . . . . & si Pragmatica expresse mandat Regentibus, quod secundum eam judicare debeant, & expresse tollit illis potestatem faciendi quamcumque declarationem; ergo decretatio est penitus erronea:* e lo stesso scrisse il Tassone (b). Che se si voglia pretendere, contr'a ciò, che in quella Prammatica è scritto, che poteva il Collateral dispensare; giova, che quì si noti, che la Maestà del Re Cattolico, quando colla sua Costituzione del dì 8. del mese di Giugno dell'anno 1735. trasferì nella R. Camera di S. Chiara alcune di quelle molte facoltà, ch'esercitava il Collaterale, non fece alcun motto della dispensa del Vellejano, di cui conveniva, che nominatamente si ragionasse.

Ma le *liste* contenenti le *decretazioni* della Real Camera di S. Chiara si trasmettono alle Reali Segreterie, e di esse quelle sole si eseguono, che sono dal Re confermate. Essendosi dunque la suddetta *Dispensa* del dì 21. del mese di Gennajo consegnata a D. Nicoletta, e a D. Barbara, e da costoro esibita nella Regia Camera della Sommaria; ne segue, che fu confermata da S. M.

Sì, se si fosse mentovata nella *lista*, che al Re si trasmise. Ma non se ne fece alcun motto. La lista de' nomi de' supplicanti, per cui si fecero dalla Real Camera le decretazioni di quel dì, si conserva dall' Attitante D. Giantommaso Attanasio. E' stata da me veduta, e può

(a) *De pot. Proreg. tit. 10. de decret. Collat. Cons. sup. obl. seu alien. rer. dot. num. 11. & 12.*

(b) *In Pragm. de antef. vers. 4. obs. 2. num. 142.*

può da ciascuno osservarsi. Non sono in essa i nomi di D. Nicoletta, e di D. Barbara Punzi. La lista delle suppliche, e delle decretazioni di quel dì sta nelle Reali Segreterie; e ben potrebbe la Regia Camera osservarla, quandochè ne supplicasse S. M.

Si oppone ancora dal R. Fisco, che quando la donna, dopo due anni dal dì dell' obbligo, con una nuova cauzione il conferma, cessa per Legge il Vellejanò: *videtur etenim*, dice l'Imp. Giustiniano (a), *ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere*. Or D. Nicoletta, e D. Barbara han tante volte confermato l' antico obbligo, quante somme han pagate. 5

Si risponde, che la Costituzion di Giustiniano si dee strettamante intendere, come Costituzion contenente eccezion di regola: onde, se parla d' obbligo confermato per nuova cauzione, o per altro nuovo atto espresso, non è da estendersi a quel genere di tacite conferme, che risultan da' fatti. 6

Si risponde ancora, che la Costituzion di Giustiniano non osterebbe a D. Nicoletta, poichè ha luogo nell' obbligo, che prende sopra di se la donna per un estraneo, non in quello, che per lo proprio marito prende sopra di se la moglie, la quale, in virtù d' altra Costituzione del medesimo Imperadore (b), obbligandosi cento, e mille volte per lo stesso debito del marito, non resta mai efficacemente obbligata. 7

Finalmente si risponde, che cotesti sono stabilimenti del jus comune, i quali, dopo la Prammatica, son cessati del tutto, perchè altra è la ragione del jus comune, altra la ragione della Prammatica. La ragion, per cui

(a) *In L.* 22. *C. eod.*
(b) *Auth. si qua mulier, C. eod.*

cui la Legge Romana fa nascer l' obbligo dall' atto ge-
8 minato, è, perchè *actus geminatus inducit evidentem consensum*, come notò su quella Costituzione il Gotofredo (*a*): e l' evidente consenso nocea, secondo il jus comune, alla donna, perchè aveasi come una rinunzia del Vellejano: ma poichè per la Prammatica è nulla del tutto qualunque espressa rinunzia, niuna forza può avere qualunque evidente consenso, e seguentemente qualunque atto geminato.

Ultimamente si oppone dal R. Fisco, che le fidejussioni delle donne per liberare i mariti dalle carceri, vagliono, anche senza dispensa.

9 A cotesta obbjezione si renderanno più risposte. I. si risponde, che fu dottrina di parecchi antichi interpetri del jus Civile, cessare il Vellejano, quando la donna si obbliga per liberar di prigione il marito, perchè
10 generalmente cessa il Vellejano, quando l' obbligo torna in utilità della donna (*b*), e regolarmente riesce utile alla donna lo scarcerarsi il marito; ma di cotesta dottrina abusaron poi il più degl' interpetri della nostra Prammatica, e degli altri simiglianti Statuti. Dove lo Statuto annulla gli obblighi delle donne, e ne riserva al solo Principe la dispensa, comecchè basti a sostenergli l' utilità delle donne, nondimeno dee di questa utilità giudicare non la donna medesima, o 'l Magistrato secondo la sua ordinaria giuridizione, ma 'l Principe solo, e non altrimenti il Magistrato, che per ispezial commessione del Principe.

11 II. si risponde, che i più dotti interpetri del jus comune, han seguita la contraria sentenza, secondo cui si è giudicato più volte. Rapporta il Paponio l' arresto, che

(a) *In d. L. 22. lit. K.*
(b) *d. Auth. si qua mulier.*

che segue (*a*): *Arresto Parisiensi 21. Martii anni 1528. mulier quaedam ad Vellejanum adversus creditorem mariti sui admissa fuit, pro quo se obligaverat, ut maritus ex carcere dimitteretur.* E tra' nostri, testimonia il Prato (*b*), che così giudicarono due rinomati giurisconsulti Bartolomeo Cepolla, e Bernardo di Bronzono: e dopo di avere allegate le ragioni, onde coloro giudicaron così, soggiunge, che si dovrebbe così giudicare, *fortius in Regno nostro, ubi viget Pragmatica Sanctio I. sub tit. de S. C. Vellejano.*

III. si risponde, che anche coloro, i quali insegnano, che per isprigionare il marito può la donna obbligarsi, soggiungono, esser da dire altrimenti, quando tal fosse colui, che le dovrebbe inutile riuscire, perchè cesserebbe allora la ragione della utilità della donna, anzi danno gliene verrebbe. Così, dopo il Baldo, ed altri, lasciò scritto in una delle sue Decisioni (*c*) Marcantonio de Amatis. E' dice, potersi sostenere l' obbligo della moglie *ex caussa utilitatis resultantis ex persona viri pro filiorum, & uxoris alimentis provenientibus ex labore, & industria ipsius viri, licet secus esset in idoneo ad nihil boni agendum, quia tunc non deberet detegi unum altare pro alio tegendo, hoc etenim esset damnum evidens, & notabile, in quo nulla caderet justa caussa, & tanto magis, quia sic mulier quaereret recuperationem ejus, quem non habere melius esset; nam, ut inquit Baldus, melius est uxori carere marito, quam malum maritum habere.* Or quale utilità potea sperare D. Nicoletta Punzi per se, o pe' suoi figliuoli dalla scarcerazion del marito? Un *vecchio settuagenario, ed acciacoso*, com' essa il chiamò nel-

Ii 2 la

(a) *Lib. 12. tit. 5. num. 8.*
(b) *Discept. forens. tom. 2. cap. 33. n. 11. & 33.*
(c) *Decis. March. 62. num. 24.*

la *Supplica* data per ottener la dispensa: un uomo cotanto dalla rea fortuna avvilito, come potea, delle carceri uscendo, compensare il gran danno, che recava quell' obbligo alla moglie, ed a' figli? L'obbligo della moglie, per cavarlo di prigione, sarebbe stato (io nol niego) un'opera lodevole, e pia: ma non potea bastare ad obbligarla contra le Leggi. Una madre, ne' tempi del Presidente de Franchis, erasi obbligata per trar di prigione un figlio nobile, e povero, il quale altrimenti (a) *in opprobrium familiae paternae, & maternae fuisset coactus cedere ignominiose bonis*. L'opera era lodevole, e pia: e pure il S. Consiglio dichiarò, che la madre non si era validamente obbligata (b).

13

14 IV. si risponde, che 'l più di coloro, che credono, potersi la moglie senz' alcuna dispensa obbligare per liberar di prigione il marito, parlano di marito incarcerato per causa civile, non per delitto. Così 'l citato Marcantonio de Amatis (c): *Aut agitur de redimendo viro a carceribus, in quibus vel pro debito, vel pro maleficio ex propria culpa detinetur. Primo casu, potest, etiam sine sollemnitatibus: secundo casu non, quia non est subveniendum his, qui stant in carceribus pro sua culpa ... & jura loquentia de redemtione captivorum, non habent locum in carceratis ex maleficio*. E questa è la più comune, e più ricevuta sentenza. Ce ne rende testimonianza il Tiraquello (d): *Quaestionis est, an haec procederent in redemtione ejus, qui ob scelera in vinculis detineatur*: e, rapportata l' opinione affermativa, soggiunge: *At sunt* MULTO PLURES, *qui tenent contrarium ... & Jason*

hanc

(a) *Decis.* 578. *num.* 6.
(b) *d. Decis. num.* 12.
(c) *d. Decis. num.* 1. & 2.
(d) *De Leg. connub. gloss.* 8. *n.* 188.

hanc dicit esse COMMUNEM OPINIONEM . . . *Rationes in id recidunt, ut non sit eis subveniendum, qui ipsi suo scelere id mali adsciverunt.* Il Razional di Tommaso certamente reo non era de' delitti, che gli s'imputavano: ma, poichè negli obblighi è da attendere il tempo, in cui si contraggono, per rispetto del tempo dell' obbligo, che prese D. Nicoletta sopra di se, facea colui la figura di reo per la vergognosa *rubrica*, che gli si era formata contro.

V. si risponde, che la contraria opinione, quando nuocer potesse a D. Nicoletta, ch' era moglie, di certo nuocer non potrebbe a D. Barbara, ch' era cognata, ed estranea del tutto.

VI. si risponde, che l'opinione, che può la moglie senza dispensa obbligarsi per liberar di prigione il marito, ha luogo, quando il marito per l'obbligo della moglie acquista di fatto la libertà, sicchè torni alla moglie. Non si dice sprigionato chi esce d'una prigione per entrare in un' altra. L'isola, ove mandasi un reo, è 15 non altro, che una prigione, onde si legge appresso i Romani giurisconsulti *insulae vinculum* (a): e l'isola di Lipari era per lo Razional di Tommaso una più dura prigione, che le carceri di S. Giacomo. Stava egli nelle carceri, ma stava in Napoli, dove poteva esser veduto, ed agevolmente soccorso da' suoi; ma dopo l'obbligo della moglie non solamente non acquistò la libertà, ma fu, per contrario, allontanato per sempre da lei.

Le ragioni recate in mezzo, e le allegate autorità de' Dottori, non si può negare, che inducono un dubbio. E tanto basta, perchè si abbia a giudicar per le donne. Così la sopraccitata *Pr. un. de S. C. Vellej.: Exceptio praesentis Pragmaticae opposita impediat litis ingressum*, & IN

(a) *L.* 5. *ff. de interd.* & *releg.*

& IN DUBIIS CASIBUS OCCURRENTIBUS, *debeat interpretari in favorem præfatarum* (delle donne) *quibus subvenire intendimus*.

Ma perchè non dico io quel, che più importa? Nella *Supplica*, che D. Nicoletta, e D. Barbara porsero a S. M. nella Real Camera di S. Chiara, espressero il fine, per cui intendean di obbligarsi, e l' espresser così: *Per agevolare più presto la libertà ad un vecchio settuagenario*, *ed acciacoso*. Or se a cotesto fine chiesero la *Dispensa*, a cotesto fine la *Dispensa* fu data; ma cotesto fine mancò di certo; dunque mancò parimente la *Dispensa*. Di ciò si parlerà nuovamente sul fine del I. Capo di questa Scrittura.

§. II.

La transazione fatta col R. Fisco fu da principio nulla, poichè per essa il Fisco conseguì quanto pretender potea senza dar nulla a D. Nicoletta, e a D. Barbara, ed agli altri obbligati per lo Razional di Tommaso.

16 La transazione è un contratto oneroso, e se dall' una, e dall' altra parte non si dà, o si promette, è nulla del tutto: *Transactio*, son parole di Diocleziano, e Massimiano (*a*) *nullo dato*, *vel retento*, *seu promisso*, *minime procedit*. Nulla dandosi, o promettendosi dall' una delle parti, sarebbe non transazione, ma donazione: e'l contratto, che come transazione non vale, mal può sostenersi come donazione, perchè chi vuol transiggere, non ha l' animo di donare. Or colla transazione dell' anno 1756., che diedero al Fisco D. Nicoletta, D. Barba-

(a) *In L. 38. C. de transact.*

bara, e gli altri obbligati per lo Razional di Tommaso? Quanto il Fisco potea pretendere. E che diè loro il Fisco? Nulla. Ecco come chiaramente il dimostro.

Due cose potea pretendere il Fisco. L' una era il risacimento del danno: l'altra era la pena. Per rispetto del danno, i Razionali Crescenzo, e Fontana, cui furon dati i conti a vedere, riferirono, che 'l credito fiscale ascendeva a duc. 79718. 4. 10.; ma i Razionali revisori Taro, e Messina, il ridussero a duc. 50898., soggiungendo, che restavano a discutersi alcune partite dubbie. Or nella transazione dell' anno 1756. si promisero al Fisco tutti i duc. 50898.; tra' quali erano i 9000. promessi a nome del Razional di Tommaso: e di essi ne ricevè 20000. nel tempo dell' istrumento, tra' quali furono i 3000. pagatigli dal Razional di Tommaso: ed oltre a ciò, molte altre considerevolissime somme ne ha fino al presente dì ricevute: e si promise ancora quella maggior somma, che, discusse le partite dubbie, si fosse liquidata dentro lo spazio di 4. mesi a tenore degli ordini di S. M.

Per rispetto poi della pena, conseguì parimente il Fisco quanto pretender potea dal Razional di Tommaso. Fu costui relegato a perpetuo nell' Isola di Lipari, dove, in capo a pochi giorni, si morì. E che gli poteva senza la transazione accader di peggio? Portò per la transazione la pena della Legge.

Ma 'l delitto del Razional di Tommaso, e degli altri *rubricati* era di *peculato con falsità*: seguentemente meritava la pena dell' ultimo supplizio, ed oltre a ciò pena infamante. Così riferì la Camera della Sommaria alla Maestà del Re Cattolico. Or ecco quel, che diè 'l Fisco con quella transazione al Razional di Tommaso. Lo liberò dalla infamia, e dalla morte.

Quanto è vero, che 'l troppo zelo talvolta c' inganna!

na! Di pena infamante non potea temere il Razional di Tommaso. Non era egli nobile per privilegio, ma godea della nobiltà generosa della Città di Ancona, come costa per legittimi documenti. Nè men potea temer
17 della morte. Se si attende il jus comune, la pena della falsità, negli uomini liberi, regolarmente è la deportazione: solamente in alcuni casi, che non han che fare col nostro, è la morte (a): se poi si attendono le Leggi del Regno, di morte si puniscono i falsatori del suggello del Re, delle monete, delle carte de' pubblici Banchi, e di alcune altre pubbliche scritture, non altri. Il
18 peculato poi, tuttochè unito alla falsità, quando questa non sia del genere di quelle, la cui pena è la morte naturale, colla sola deportazione si è punito ne' nostri Tribunali. Famosa è la decision rapportata dal Reggente de Marinis (b). Reo di peculato era un Razionale della R. Camera della Sommaria? l'avea più volte commesso: avealo commesso con falsità. Testimonia il de Marinis, che un solo de' Giudici osò di condannarlo a morte, tutti gli altri il condannarono alla deportazione: ed in quel caso non dubbia, come nel nostro, ma certa ed indubitata era la pruova. A confermazione di ciò, mi piace di trascrivere quel, che lasciò scritto il de Angelis (c): *In praxi servari, data reiteratione, ac peculatu cum falsitate, tantum poenam deportationis*. Gioverebbe d' assai alla causa quel, che cotesto Scrittore soggiunge per testimonianza di Matteo degli Afflitti, del Sanfelice, e di altri, che le pene corporali, onde le Leggi Romane, e municipali punivano il peculato, sono state nel nostro Re-

(a) A. Matt. *in lib.* 48. *ff. tit.* 7. *cap.* 3. & 5.
(b) *Resol. lib.* 1. *cap.* 291.
(c) *De delict. p.* 1. *cap.* 96. *n.* 7.

Regno abolite per un Capitolo del Re Roberto (*a*), che impone la sola pena pecuniaria del *nonuplo*; ma non voglio io, per servire alla causa, attenermi ad una opinione, che conosco esser falsa. Quel Capitolo parla della sola azion civile competente al Fisco, nè toglie l' azion criminale.

Ma si esamini meglio cotesto punto secondo le Leggi. Il Razional di Tommaso, per le Leggi Romane, non potea mai condannarsi alla morte. Le Leggi Romane di deportazione puniscono il peculato (*b*). Primamente l'Imp. Giustiniano impose a' rei di peculato la pena della morte, ma non a tutti. L'impose solamente a' Giudici, che, abusando di loro giuridizione, rubano il pubblico danaro. Eccone le parole (*c*): *Judices, qui tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt, lege Julia peculatus obnoxii sunt, capitali animadversioni eos subdi jubemus*, dove la parola, *capitali animadversioni*, che ben potrebbe spiegarsi della morte civile, assi ad intendere della morte naturale, perchè così l'intese Triboniano (*d*). Or, trattandosi di pena, e di pena di morte, chi è, che contra le regole della giurisprudenza avrebbe l'ardimento di estender la Legge da caso a caso, e da persona a persona? Parla la Legge de' soli *Giudici*. Dunque non deve estendersi agli altri uffiziali, che Giudici non sono. I Razionali, nè meno abusivamente, possono chiamarsi *Giudici*. 19

Molto meno per le Leggi del Regno potea punirsi di morte il Razional di Tommaso. Due Leggi del Regno abbiam noi, che di pene corporali puniscono i rei di 20

(a) Cap. *vulgaris famae proloquium*.
(b) *L. 3. ff. ad L. Jul. peculat.*
(c) *In L. un. C. de crimine pecul.*
(d) *Inst. lib. 4. tit. 18. §. 9.*

di peculato, l'una del Re Ruggiero, l'altra del Re Carlo II. Il Re Ruggiero, parlando non solo de' Giudici, ma degli altri pubblici uffiziali rei di peculato, dis-
21 se (*a*), *Capite puniantur*, la quale è una espressione dubbia, e ne' Libri delle Leggi municipali s' intende il più delle volte della morte civile: e così l' intese Matteo degli Afflitti, scrivendo su quella Legge: *Tu intellige, quod puniuntur poena deportationis, quae est poena capitis, scilicet mortis civilis:* e così l' intesero il più de' nostri Scrittori.

22 Ma s' intenda pure della morte naturale, la Costituzion di Ruggiero, fu certamente corretta per un Capitolo del Re Carlo II., che, parlando de' Giustizieri, de' Giudici, e degli altri pubblici uffiziali, scrisse (*b*): *Statuimus, quod Justitiariis, Judicibus, & notariis hujusmodi solida Regia ex nunc de fiscali pecunia duplicentur: & si qui eorum in receptionem, vel exactionem praedictam, seu pecuniae Curiae subtractionem deliquerint, pro his, quae Fisco subtraxerint, nonupli (poena) multentur, praeter corporales poenas eis pro nostro arbitrio infligendas*. Ecco le pene del peculato secondo le più recenti Leggi del Regno, contra cui non posson valere le autorità de' Dottori, o de' Tribunali. I rei di peculato, tuttochè pubblici uffiziali, si puniscono colla pena del *nonuplo*, e con altre corporali ad arbitrio del Re. In qual Legge del Regno è prescritta contr' a' rei di peculato la pena dell'ultimo supplizio? La pena delle nostre Leggi è arbitraria: nè può la pena arbitraria estendersi alla morte, se ciò non si dica espressamente nella Legge. La ragion tratta dal seno della Giurisprudenza, è questa. La pena arbitra-
23 ria, di sua natura è dubbia: e nel dubbio s' impongon sem-

(a) In Const. *Officiales Reip.*
(b) In Cap. *ad hoc volentes*.

ſempre le pene più miti: *Interpretatione*, diceva Ermogeniano (a), *Legum poenae molliendae ſunt potius, quam aſperandae*. E ſe ciò ha luogo nel Giudice, quanto più deve aver luogo nel Principe, nel quale, ad eſempio di Dio, le cui veci fa ſulla terra, riluce, ſopra ogni altra virtù, la clemenza? Dunque la pena più grave, che ſi può per le Leggi del Regno imporre ad un pubblico uffiziale reo di peculato, è la pena della deportazione. E non fu balzato in un' iſola il Razional di Tommaſo? in un' iſola lontaniſſima dalla patria, e da' ſuoi? dove non era da ſperare, che rivedeſſe più l'afflitta moglie, e i dolenti figliuoli, che vedeva ogni dì nelle carceri di Napoli? in un' iſola, dove tardi, e ſcarſi ſoccorſi gli potean venire da' ſuoi a ſomma inopia ridotti, principalmente per gli obblighi dalla moglie contratti col R. Fiſco? in un' iſola, dove, eſſendo già grave d'anni, ed infermo, dovea di breve morire, come avvenne di fatto?

24

§. III.

Molto più dee dirſi nulla la tranſazione, perchè conſeguì per eſſa il R. Fiſco, ſenza dar nulla, molto più di quello, che potea pretender per Legge.

PEr Legge, ſe reo di peculato era il Razional di Tommaſo, da lui ſolo, e ſulla di lui roba ſola poteva il R. Fiſco pretendere il rifacimento de' danni. Ma inefficace, per la inopia del debitore, era di certo quell' azione: *Inverificabile* (così ſi dice in un Real Diſpaccio del dì 1. del meſe di Agoſto dell'anno 1758. epilogandoſi una relazione della R. Camera) *inverificabile era l' indennizazione del credito fiſcale per la inſufficienza de-*

(a) *In L. 42. ff. de poen.*

gli effetti sequestrati . Or il Fisco , che sulla roba del Razional di Tommaso non potea sperare rifacimento di danni, e che dalla moglie , dalla cognata , da' figli , e dagli altri congiunti pretendere nol poteva , acquistò , transigendo, azione anche contra la moglie, la cognata, i figli , e gli altri congiunti del vero suo debitore ; ed assicurò sulla di loro roba il suo credito. E qual pro ne venne al Razional di Tommaso , per rispetto di cui si obbligaron coloro ? Se fosse stato certamente reo di *peculato con falsità*, relegandolo in un'isola, dopo sette anni di penosissimo carcere, nulla gli avrebbe dato il Fisco, perchè, come si è dimostrato , cotesta era la pena della Legge. Ma 'l Razional di Tommaso non avea confessato il delitto, e non n'era convinto. Debolissima era la pruova contra lui fatta dal Fisco: ed ecco qual'era. Il Razional di Tommaso ammise i conti colla solita decretazione, *potest recipi:* ne riferì le liquidazioni nella seconda Ruota, e sottoscrisse le *declaratorie* a benefizio del Percettore. Dunque doveva accorgersi delle frodi, e delle falsità, che vi erano. Dunque gli ammise , e gli riferì, consapevole delle frodi, e delle falsità.

Ma chi sa l' usato stile de' Razionali della R. Camera nel ricevere i conti , e nel riferirne le liquidazioni, agevolmente conoscerà la debolezza di cotesta pruova. Molti Prorazionali di Camera concordemente *depongono* ; esser soliti i Razionali di far la decretazione del *potest recipi* a fede de' Prorazionali : nè perchè sono testimonj *a difesa* , dee valer poco la loro testimonianza. Sono essi uffiziali della R. Camera , ch' è 'l Tribunale del Fisco, e contr' al Fisco *depongono* : Un uffiziale del Tribunale del Fisco non *depone* di buon cuore contr' al Fisco: e se 'l fa, è da dire, che 'l faccia sospintovi dalla sola forza del vero. So, che i testimonj fiscali dicono, che i Razionali sogliono stare a fede de' Prorazionali

nali nelle liquidazioni de' conti, non nel farsi la decretazione del *poteſt recipi;* ma poichè si sa, che liquidazion de' conti è un esame più minuto, e più stretto, che non è 'l semplicemente ammettergli col *poteſt recipi;* chi è, che intenda quel, ch'essi dicono? In quanto alla falsità, che al Razional di Tommaso s' imputa, consiste tutta in una carta di *pago* falsata. Appartenea cotesta carta al *conto ordinario di Terra di Lavoro*, del qual era commessario il Razional Sansone, nol Razional di Tommaso; e si giustificava per essa un pagamento di ducati 3500. *per causa delle imposizioni ordinarie*. Dal *conto ordinario* fu trasferita nel *conto straordinario* commesso al Razional di Tommaso, e vi fu trasferita per giustificare altri duc. 3500., che nel conto straordinario si volean rubare, e di fatto si rubarono al Fisco: e perchè potesse giovare, se ne falsò quella parte, ov'era scritto, *per causa delle imposizioni ordinarie*, e vi si scrisse, *per le franchigie del nuovo battaglione*. Non nego, ch'era la carta falsata in modo, che dava agli occhi; ma nelle carte di *pago*, regolarmente poco si bada alla politezza della scrittura, e non di rado vi si osservano sì fatte viziature senz' alcun sospetto di dolo: e due sensibilissime ce ne sono nelle cautele del conto dell'anno 1746.

Ecco la pruova del Fisco. E potea bastare a convincere il Razional di Tommaso? Il dolo si dee provare *ex PERSPICUIS indiciis*, come dicono gl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*a*), *& ex magna*, *& EVIDENTI calliditate*, come dice Ulpiano (*b*): e generalmente si sa, che nelle cause criminali, perchè possa farsi luogo alla pena della Legge, debbon le pruove esser più chiare *della luce del mezzo dì*, come parlano i nostri. 25 26

(a) *In L. dolum C. de dolo malo.*
(b) *In L.* 7. §. 10. *ff. eod.*

ſtri. E dov'è la *perſpicuità* degl' indizj? dove l'*evidenza* della malizia? dove tanta chiarezza, quanta ne ha'l Sole nel mezzo dì? Al più, potrebbe la pruova fatta dal Fiſco, far preſumere la ſcienza nel Razional di Tomma-
27 ſo. E' mera preſunzion di Legge, che chi ſottoſcrive una ſcrittura, l'abbia, prima di ſottoſcriverla, ben letta, e con piena ſcienza l'approvi. Coteſto punto trattando il giuriſconſulto Marciano (a), uſa il verbo *videtur*, di-
28 notante mera preſunzione. E chi ha ſinora oſato di dire, che per la ſcienza preſunta poſſa la pena della Legge aver luogo? Io il contrario ho letto appreſſo i Dottori. Baſti per tutti il ſolo giudizioſiſſimo Cardinal de Luca, fedel teſtimonio delle più ricevute ſentenze (b): *Ubi agitur de poenis, ſeu aliis gravibus praejudiciis, ſcientia debet eſſe vera, & explicita, & non ſufficit praeſumta.*

Poſto ciò, chi non vede, che per difetto di pruova non poteva il Razional di Tommaſo punirſi di pena afflittiva di corpo? E dopo ſette anni di carcere, e dopo di aver rifatto interamente il danno del Fiſco (coſa *inverificabile per la inſufficienza* della roba) ſi balza a perpetuo in un'iſola, come ſe aveſſe confeſſato il delitto, o ne foſſe ſtato convinto? Dunque conſegui per quella tranſazione il Fiſco, ſenza dar nulla, molto più di quello, che potea pretender per Legge. Dunque fu del tutto nulla la tranſazione. Dunque ſi dee reſtituire l'indebito eſatto coll'intereſſe.

§. IV.

(a) *In L. ſicut* 8. §. 15. *ff. quib. mod. pign.*
(b) *De emphyt. diſc.* 36. *num.* 12.

§. IV.
Della transazion fatta col Fisco, non è da tenersi alcun conto, come di quella, che fu fatta per falsa causa.

La falsa causa, che *falso presupposto* volgarmente dicesi da' nostri, talvolta nuoce all'atto, talvolta non nuoce. La regola da conoscere l' un caso dall' altro, si dee prendere dalla qualità dell'atto. Se l'atto, è atto di liberalità, qual'è la donazione, o'l legato, la falsa causa regolarmente non nuoce, perchè chi fa l'atto, tuttochè per falsa causa il faccia, ha l'animo di usar liberalità, purchè non si provi, che non l' avrebbe fatto, se avesse saputo in quel punto, che la causa era falsa. Della donazione, è scritto appresso Paolo (a): *Quod ob caussam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.* Non altrimenti scrive Papiniano del legato (b): *Falsam caussam legatò non obesse, verius est: quia ratio legandi legato non cohæret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.* Se poi l' atto non è atto di liberalità, generalmente è vero, che la falsa causa gli nuoce, perchè non ha luogo in esso la ragione del giurisconsulto Paolo, *quia donare volui:* ch' è la sola ragion, che'l sostiene; e perchè l'atto si fa per errore, che toglie il consenso (c): *Frequentius ad praxim est reducibilis*, dice il Card. de Luca (d), *ea species infe-*

29

30

(a). *In L. in summa 65. §. 2. de cond. ind.*
(b) *In L. quum tale 72. §. falsam 6. de cond. & dem.*
(c) *L. nihil 116. §. 2. de reg. jur.*
(d) *De credito disc. 123. n. 11.*

fectionis, quae resultat a causa falsa, seu falso praesupposito, quum tunc intret infectio ex deficiente consensu, qui in errante adesse non dicitur.

Al lume di cotesti principj legali, si esamini la transazion fatta col R. Fisco. Non è certamente la transazione un atto di liberalità. Dunque nuocer le dee la causa falsa. Or ecco quanto falsa fu la causa, per cui si fece. Alla transazione intervennero la R. Camera, che umiliò suo parere al Re: il Re, che vi si uniformò; e 'l Razional di Tommaso, e gli altri, che si obbligarono. Credè la R. Camera, che la pena del *peculato con falsità*, fosse per Legge l'ultimo supplizio: e così riferì. La fede del suo Magistrato seguì la M. del Re Cattolico. Or que' medesimi sentimenti, che umiliò la Camera al Re, si dee credere, che si fossero fatti noti al Razional di Tommaso, ed agli altri per lui obbligati: ed ecco, che la Camera credette di far con quella transazione il pro del R. Fisco, cui si rifaceano i danni, e 'l pro del Razional di Tommaso, che liberavasi dal pericolo della morte: il Re credette d'imporgli pena molto minor di quella, che potea meritare: e 'l Razional di Tommaso, e gli altri, temendo di quella morte, che minacciavasi, credettero di conseguire un gran bene transiggendo a quel modo. Ma, secondochè si è mostrato nel §. II. di questo Capo, la Camera (sia detto salva la reverenza dovuta a que' dottissimi Ministri, che di quel tempo la componeano) credè per errore, che potesse il Razional di Tommaso meritar la pena della morte: e cotesto error suo ne fece entrare l'ingiusto timore negli animi del Razionale, e degli altri obbligati, e così diè causa alla transazione.

Non mi si dica, che doveva il Difensor del Razional di Tommaso sapere, che la pena del *peculato con falsità* non era l'ultimo supplizio; poichè non intendo io

di

di offendere la di lui memoria, dicendo, che ignorava il Capitolo del Re Carlo II (*a*). E' così vasta la giurisprudenza, che l'ignorarne il tale, o'l tal luogo, non fa vergogna. 31

Nè mi si dica, ch'era cotesto un error di Legge, e che l'error di Legge non giova; poichè non giova, quando si voglia far lucro, ma giova bene, quando si tratti di schivar danno. Così leggo in un luogo di Papiniano (*b*): *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet*. Leggo ancora in un altro (*c*): *Juris error nec foeminis in compendium prodest: caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* 32

C A P O II.

Si mostrano i crediti de' figli, ed eredi del Razional di Tommaso.

TRa i crediti de' figli, ed eredi del Razional di Tommaso, potrei noverar quello, che a colui si dovea, secondo l'usato stile della R. Camera, pagare, e non fu pagato per le tante straordinarie fatighe, che per molti anni sostenne. Una nota scritta a penna di coteste fatighe si porrà sotto gli occhi degl' interissimi Signori Giudicanti: e non è da dubitare, che ne terranno quel conto, che si conviene.

Ma ci è un credito molto più chiaro, ed è 'l credito del prezzo, e dell' interesse del prezzo della Commessa

(a) Cap. *ad hoc volentes*.
(b) *In L. 7. de jur. & fact. ign.*
(c) *Ivi L. 8. eod.*

messa del Cedolario, che nel mese di Gennajo dell'anno 1734 al Razional di Tommaso fu venduta dall' Imperador Carlo VI, e poi gli fu tolta nell'anno 1739. La giustizia di cotesto credito, nasce da un Real Dispaccio del dì 17. del mese di Febbrajo dell' anno 1738. Ebbe in esso S. M. C. *per valide, ed approvate tutte le vendite degli uffizj fatte dalla Corte di Vienna, con che però, togliendosi a' possessori la percezion de' frutti*, si dovesse loro *formalmente intimare l' obbligazion di esibire nel Tribunal della Camera dentro il termine di sei mesi le carte di pago del prezzo delle rispettive compre*. E' vero, che'l Razional di Tommaso non esibì nè dentro quel termine di sei mesi, nè poi la carta di *pago*; ma vero è ancora, che non gli fu mai *formalmente intimata l' obbligazion* di esibirla, onde il tempo non cominciò mai a correre contra lui: seguentemente non è mai corso contra gli eredi.

Non mi si opponga la scienza, che verisimilmente il Razional di Tommaso ne avea; poichè, se mi si dice, ch'ebbe scienza del Dispaccio Reale, è parimente da dire, ch'ebbe ancora scienza, che gli si dovea *formalmente intimare l' obbligazione* di esibir quella carta. La Legge, richiedendo la scienza nascente dalla *formale intimazione*, la qual' è la certa e la vera scienza, esclude la *presuntiva*; ed o come si conforma quel Real Dispaccio con quel, che, giusta i principj del jús comune, da' Dottori

33 s'insegna! Per rispetto della scienza *presuntiva*, o certa e vera, nelle scuole, e nel foro si distingue così. Per non acquistare, basta la scienza *presuntiva*: per perdere un jus acquistato, la scienza *presuntiva* non basta. Così la Ruota Romana (a): *Quum agitur de amissione juris jam quaesiti, requiritur certa & indubitata scientia, nec prae-*

(a) *In recent. p. 2. decis. 593. num. 4.*

praesumta videtur sufficere. Non altrimenti il Card. de Luca (a): *In graviter praejudicialibus, non sufficit scientia praesumta vel conjecturalis, sed debet esse expressa*.

Nè si dica, che parla il Dispaccio di *uffizj* vendibili, tra' quali non è la *Commessa del Cedolario*; poichè la parola *uffizio* comprende, secondo il proprio suo significato, tutti gl' impieghi di qualunque genere: nè vi è stato ancora chi [illegible] pe la potestà di render vendibili quelli, che per lo passato non si sono venduti giammai. La *venalità* degli uffizj, dipende unicamente dall' arbitrio del Sovrano: e n'è di ciò grande argomento l'osservare, che sono venali nella Francia molti uffizj, che venali non sono nella Germania: e molti, che son venali nella Germania, tali nelle Spagne, o nella Italia non sono. Anche gli uffizj, a' quali è annessa l'amministrazion della giustizia, possono per volontà del Principe diventar venali: e non altrimenti ne torna biasimo al Principe, che quando a persona immeritevole gli venda. E' questa una dottrina del dotto Saliceto, cui han seguito comunemente i Dottori, e nominatamente la Ruota Romana (b), e 'l giudizioso Card. de Luca (c). Per quel che poi si appartiene agli uffizj, a' quali non è annessa giuridizione, del qual genere è la *Commessa del Cedolario*, la cosa è tanto chiara, che nulla più. Ed ora s'intende la ragione, per cui S. M. Cattolica ordinò l' esibizion della *carta di pago*. Cotesta carta è sicurissima pruova d'una vendita fatta con pubblicità, e per volontà del Principe. La clandestina venalità sarebbe quella, che sola potrebbe nuocere agli eredi del Razional di Tommaso. Ma ecco

34

 esi-

(a) *De cred. disc.* 75. *num.* 3.
(b) *Recent. part.* 11. *decis.* 338. *num.* 1.
(c) *De Regal. disc.* 2., & 5.

esibiscono essi la *carta di pago*, in virtù di cui sono creditori di 6000. fiorini pagati all' Imperadore, oltre di altri 1000. di diritti di spedizione di privilegio, e di *agenzia*.

Di Casa nel dì 11. del mese di Settembre dell' anno 1764.

Per lo Marchese D. Filippo Villapiana contr' a' Padri di S. Giovanni a Carbonara.

A R G O M E N T O.

I. Quando gli Ecclesiastici non possano allegare il difetto dell' assenso Appostolico.
II. Il difetto della causa finale, non rende nulla la transazione.
III. Non si rescindono le transazioni come lesive, avvegnachè enormissima sia la lesione.
IV. Colui, che impugna la transazione, non può essere inteso, se prima non restituisca in vigor del patto quel, che ha ricevuto in virtù della stessa transazione.

S O M M A R I O.

1 *Nullo è 'l rescritto, se mendace è la supplica. E dove può consistere il mendacio.*
2 *Dello stile, onde si concedono, e si negano gli assensi.*
3 *L' insolito dà sempre un mal sospetto di se.*
4 *Quali sieno i decreti, che ne' libri delle Leggi diconsi* decreta ambitiosa.

5 *Do-*

5 *Dove gli Ecclesiastici sienfi obbligati d'impetrar l'assenso, non possono impugnar l'atto fatto per difetto dello stesso assenso:* Ved. i num. seg.

6 *La locazione oltre i tre anni, per dritto Canonico, si ha per alienazione.*

7 *Niuno può allegare la propria turpitudine:* Ved. i num. 5. e 6.

8 *L'assenso non impetrato per negligenza, si ha per impetrato.*

9 *Se nelle transazioni, e ne' compromessi, che si fanno* de jure, & de facto, *sia necessario l'assenso Appostolico: e distinguesi tra 'l jus perfettamente acquistato, e 'l jus deferito, e non ancora dalla Chiesa perfettamente acquistato.*

10 *Il debitore, che può fare un qualche acquisto, e nol voglia fare, non è da dire, che 'l faccia in frode de' creditori.*

11 *Non è perfettamente nostro, quello, che per una qualche cagione ci può esser tolto.*

12 *Il difetto della causa finale, non rende nulla la transazione:* Ved. i num. seg.

13 *La transazione fatta in buona fede, non si rescinde per lo nuovo ritrovamento degl' istrumenti.*

14 *Dove la transazione trovasi di già fatta, non si può più opporre nè l'eccezione dell'intenzione, o del fatto, nè la condizion dell'indebito:* Ved. i num. seg.

15 *Il solo timor della futura lite, è giusta causa della transazione.*

16 *Quel, che in vigor della transazione si promette, o si dà, non si dà, o si promette come dovuto per causa antecedente, ma come un debito, che comincia dalla stessa transazione.*

17 *Dove 'l evidente calunnia, e 'l dolo han data causa alla transazione, la transazion si rescinde.*

18 *Chi*

18 *Chi trovasi scritto erede in due testamenti, se dubita della validità del secondo, non può nè in vigor dell' uno, nè in vigor dell' altro adire l' eredità.*

19 *La transazione non si rescinde come lesiva, avvegnachè enormissima sia la lesione:* Ved. i num. seg.

20 *Per la pubblica utilità non si attende il danno de' privati.*

21 *La transazione non ha meno di forza, che la cosa giudicata.*

22 *Contra la regiudicata non può venirsi col pretesto di sofferta lesione.*

23 *Il patto non contrario alla Legge, devesi osservare.*

24 *La transazione si disfà col reciproco dissenso delle parti: e deesi prima restituire quel, che in vigor della transazione si è ricevuto:* Ved. il num. seg.

26 *Non comportan le Leggi, che uom tragga utilità da quell' atto, che impugna:* Ved. i num. seg.

27 *Chi come inofficioso impugna il testamento, perde il legato.*

28 *Il fatto d' altrui, non dee alla nostra condizione detrimento arrecare.*

29 *Niuno può mutar consiglio, e proposito in pregiudizio, ed ingiuria d' altrui.*

30 *Il jus pubblico non può mutarsi da' patti de' privati.*

31 *Il Giudice dee giudicare a tenor delle Leggi, o delle costumanze.*

ALLEGAZIONE XI.

NEL dì 17. del mese di Aprile dell' anno 1762. sottoscrisse D. Domenico Cestari un testamento; sull' alba poi del dì 18. si morì. Apertosi il testamento la mattina del d. dì 18. si trovò scritto erede il Monistero di S. Giovanni a Carbonara, che lo stesso dì dedusse l' ere-

eredità nel S. Consiglio: indi nel dì 20. chiese nella G. Corte il decreto di preambolo *ex testamento*: e, senza alcun contraddittore, nel dì 21. l'ottenne. Ma 'l Marchese D. Filippo, e 'l Cavalier Gerosolimitano D. Gennaro Villapiana, figli della sorella del defunto D. Domenico, aveano nel d. dì 20. istituito nel S. Consiglio il giudizio della nullità del testamento: indi dal Consiglier Commessario della eredità ottennero due decreti, l' uno nel d. dì 21. ordinante, che la G. Corte procedesse di nuovo alla interposizion del decreto di preambolo, intesi tutti gl' interessati, e che intanto tutti si sequestrassero i beni ereditarj, *etiam quoad fructus, & penes tertium*: il qual sequestro fu immantinente eseguito: l'altro nel dì 28. del mese di Maggio ordinante, che non si procedesse alla interposizion del decreto di preambolo fino a tanto che non si fosse dal S. Consiglio provveduto altrimenti, visto l'esito del detto giudizio di nullità: al qual secondo decreto diè causa un buon numero di attestati di persone, maggiori di qualunque eccezione, pe' quali si andava non oscuramente a conoscere la nullità del testamento per difetto di volontà, e per difetto di solennità.

Essendo in questo stato la causa, nel dì 1. del mese di Decembre del detto anno 1762. si stipulò tra' PP. di S. Giovanni, e i Signori fratelli di Villapiana un istrumento di transazione, in virtù di cui rinunziarono questi secondi al giudizio della nullità del testamento, e cederono a que' primi qualunque *azione appartenesse, o potesse loro appartenere così sopra i beni dotali della qu. D. Caterina Durante madre del detto D. Domenico, e loro ava materna, come sopra qualsivogliano altri beni soggetti alla Consuetudine*: e si obbligarono que' primi di pagare a' secondi su i beni ereditarj, per una sola volta, ducati 5000. dentro un anno dal dì, che *fossero immessi nel* do-

dominio, e possesso di tutti i detti beni ereditarj.

Di cotesta transazione si valsero i PP. contra gli altri, ch' erano contra di loro in giudizio. In fatti in un' *istanza* dell' anno 1763. dal lor Procuratore prodotta contra D. Liberato Nicodemo, congiunto anch' esso del testatore, si legge: *Ricorre pertanto in esso S. R. C., e non avendo esso magn. Nicodemo azione, nè ragione alcuna sopra di detta eredità, mentre, quando anche fosse detto D. Domenico morto ab intestato, in concorso co' detti fratelli di Villapiana in un grado più prossimo, sarebbe rimasto escluso, fa istanza espellersi a limine judicii, e con effetto ordinarsi il dissequestro de' suddetti beni, e che la G. C. proceda alla spedizione del preambolo ex testamento:* ed in un altra del detto anno, ad escludere il Monistero della Consolazione, ov' erano due sorelle del defunto D. Domenico, si dice, che *i fratelli di Villapiana aveano receduto dalla lite, e dati per rotti, irriti, nulli, e cassi tutti gli atti, e decreti fatti a loro istanza con prestare il consenso di togliersi il sequestro, e darsi al Convento l' immissione*. Così quel sequestro, che ad istanza de' Signori fratelli di Villapiana trovavasi ordinato, ed eseguito *quoad fructus, & penes tertium*, fu nel dì 31. del mese di Agosto dell' anno 1764. ridotto a sequestro *penes RR. PP. S. Johannis:* ed essendosene gravati il Monistero della Consolazione, il Duca Albano, e'l Marchese Ruggiero, ed avendo al gravame inerito i PP., nel dì 15. del mese di Marzo dell' anno 1766. fecesi dal S. Consiglio il seguente decreto: *Visa supplicatione porrecta pro parte Ven. Monasterii praedicti, idem Ven. Monasterium immittatur in possessionem bonorum hereditariorum D. Dominici Cestari vigore testamenti, & decreti praeambuli, praestita per d. Ven. Monasterium laicali obligatione de non alienando, & etiam respectu fructuum*. Ma quali furono i motivi dal Procuratore del Monistero alle-

gati

gati nella *Supplica?* Eccogli: *Illustres fratres de Villapiana . . . a judicii persequutione desliterunt, & non modo renunciaverunt omnibus actis, verum etiam, tanquam proximiores testatori, omnes, & quascumque actiones, & jura sibi ipsis competentes, & competentia ab intestato, vel ex Consuetudine, cesserunt, & transtulerunt in beneficium ejusdem Principalis tam ad finem agendi, quam tuendi adversus omnes alios praetensores . . . . Recurrit ideo ad M. V., eamque supplex exorat, ut dignetur mandare eidem vestro R. Consiliario, quod tempore V. F. super Supplicatione porrecta pro parte dd. Ill. Ducis, & Marchionis, proponat etiam contenta in praesenti Supplicatione ad finem decernendi, quod Principalis supplicantis immittatur in liberam possessionem omnium bonorum d. hereditatis:* il qual decreto fu prontamente eseguito: ed ecco incominciato l'anno, dentro cui doveano i PP. fare il convenuto pagamento de' duc. 5000. Ma dappoichè ebbero essi raccolto il frutto della transazione, cioè, dopo di avere ottenute le liberazioni del molto danaro, ch'era ne' Banchi, e la libera, e tranquilla percezione di tutte le rendite ereditarie, ricorsero nel S. Consiglio, e l'impugnarono con una *Supplica* del dì 17. del mese di Febbrajo dell'anno 1767, e con una *istanza* del dì 27. del mese di Giugno: e l'impugnarono per tre motivi, cioè, per difetto dell'assenso Appostolico, ch'era stato da loro chiesto, e negato loro dalla Sacra Congregazione de' Vescovi, e Regolari: per difetto della causa finale, giacchè per nuove scritture erasi chiaramente conosciuto, che della validità del testamento non era in alcun modo da dubitare, e che insussistenti, e del tutto ideali erano le azioni cedute loro da' Signori fratelli di Villapiana, e conseguentemente non atte a difendersi contra gli altri interessati: per lo qual doppio fine si erano indotti a transigere; e finalmente perchè, posto il difetto della

detta causa, enormissimamente lesiva era riuscita la transazione.

A cotesta *Supplica*, ed a cotesta *istanza* da' Signori fratelli di Villapiana si rispose con due *istanze*, nelle quali si conchiuse così, *che 'l Monistero di S. Giovanni a Carbonara adempia ciocchè ha coll' istrumento medesimo promesso, servata forma ipsius: ed indi gradatim, conditionaliter, & successive, qualora il Monistero medesimo voglia pretendere, che non si abbia ad aver conto nessuno dell' accennato istrumento per la mancanza del suddetto assenso, non gli si dia udienza, se prima non si riducano le cose nel primo stato, in cui erano avanti di stipularsi l' istrumento suddetto, col farsi nuovamente il general sequestro su tutti li beni ereditari di esso D. Domenico Cestari, e con obbligarsi il Monistero a far deposito di tutte le quantità esatte, e frutti percepiti da' medesimi beni, a danno, spese, ed interesse del medesimo Monistero:* e finalmente, che, *essendosi degnata la M. del Re di ordinare, che i luoghi pii Ecclesiastici non possano far nuovi acquisti, e che si abbiano per non fatte tutte le istituzioni, o altri atti tra' vivi, o per ultima volontà a loro favore, di cui non siano ancora purificate le condizioni, e non ne siano già li luoghi pii suddetti in possesso non contraddetto: nè potendosi dubitare, che 'l possesso dato al suddetto Monistero sia contraddetto.... siano i d. fratelli di Villapiana immessi nel possesso medesimo per osservanza ed esecuzione del d. Real Dispaccio: e che frattanto si sottopongano a general sequestro tutti li beni così stabili, come mobili, annue rendite, e scritture della eredità del suddetto Cestari.*

In vista di coteste vicendevoli pretensioni, nel dì 19. del mese di Luglio dell' anno 1771. fecesi dal S. Consiglio il seguente decreto: *In biduo audiantur partes super omnibus hinc inde deductis, & praetensis: & interim*

Re-

Regale Coenobium S. Johannis ad Carbonariam faciat depositum interesse decursi vigore instrumenti calculandi per Scribam causae ad rationem ducatorum quatuor pro singulis centum, & in posterum decurrendi ex capitali ducatorum quinque mille ex fructibus tamen bonorum hereditariorum q. D. Dominici Cestaro, deductis prius oneribus hereditatis praedictae, & aliis legatis in testamento contentis: contr' al qual decreto, si sono, a nome del Marchese D. Filippo, prodotti quattro capi di nullità. E questo è lo stato, in cui è oggi la causa.

CAPO I.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non possono allegare il difetto dell' assenso Appostolico.

PRima di farmi a dimostrare, che non possano i PP. di S. Giovanni allegare il difetto dell' assenso Appostolico, conviennmi di trascrivere una particella dell' istrumento della transazione, ch' è questa: *E per fine si conviene, che quantunque il presente contratto sembra non aver bisogno dell' assenso Appostolico a tenore della Bolla di Urbano VIII, perchè formato prima, che i beni passino in possesso della d. Congregazione, ad ogni modo, perchè l' effetto di un tale contratto si è post annum a die captae possessionis; e potrebbe nascere il dubbio su la necessità di d. assenso Appostolico, in tale caso si è convenuto, che, quatenus opus tale assenso fosse necessario, debba la d. Congregazione dimandarlo: ed all' incontro, i sudetti Signori fratelli di Villapiana siano obbligati fare qualunque spesa necessitasse per ottenere d. assenso Appostolico.* Or volendo i PP. soddisfare all' obbligo sopra di se preso

di chieder l' assenso nel mese di Decembre dell' anno 1766, ricorsero alla Sacra Congregazione de' Vescovi, e Regolari per ottenerlo; ma nel dì 5. del detto mese, con un semplice *lectum*, fu loro negato: e ce n'è documento negli atti. Ecco il difetto dell' assenso Appostolico, senza di cui, secondo il jus Canonico, le transazioni non vagliono.

Più risposte ho pronte. La prima è questa. L'essere i PP., dopo 4. anni dal dì della transazione, e dopo di avere ottenuto il dissequestro, e l' immissione nel possesso de' beni, primamente ricorsi alla Sacra Congregazione, chiedendo l' assenso, potrebbe farci sospettare, che fin dal principio ebbero l' animo di non ottenerlo per godere del frutto della transazione, e burlarsi così de' Signori di Villapiana: la qual cosa, se fosse vera, per quel, che ne dirò più giù, non gioverebbe loro il difetto dell' assenso. Ma questo è non altro, che un sospetto, nè voglio, che vaglia per risposta. Quel, che ho io per sicuro, è questo, che se non da principio, almen quando deliberarono di chieder l' assenso, ebbero l'animo di non ottenerlo, per avere un motivo d' impugnare la transazione. Me 'l fa credere, e creder per fermo quel documento istesso, che si è prodotto da' PP. Nel ricorso fatto, non altro e' dissero, se non che *aveano i Signori fratelli Marchese D. Filippo, e Cav. D. Gennaro Villapiana istituito un giudizio di nullità del testamento, e di varie altre loro pretensioni:* le quali parole non bastavano a far conoscere, qual fosse lo stato, in cui era la causa nel tempo della transazione: donde dipendeva il giudizio della utilità del contratto. È vero, che nel fine del ricorso soggiunsero, *Si venne alla seguente concordia, e transazione, che letteralmente umiliano all' EE. VV.;* ma, quando pur si conceda, che avessero i Signori Cardinali avuta voglia di legger l' istrumento della transazione, nè

nè men ciò bastar poteva a far conoscere il vero stato della causa. Ecco quel solo, che dello stato di essa nella transazione si dice: *Da' Sig. fratelli di Villapiana si ottennero ordini per lo sequestro de' beni di detta eredità, e che dalla G. Corte della Vicaria non si procedesse alla spedizione del decreto di preambolo, se non visto l' esito del giudizio di dette nullità, avverso del qual decreto per parte del detto Monistero se n' è prodotto il gravame, che resta a discutersi.* Or nelle menti de' Signori Cardinali destar non potean coteste parole la vera idea dello stato della causa. Quel dirsi, ch'erasi ordinato il sequestro de' beni, ma si era contra sì fatto decreto prodotto il gravame, destava l'idea di essersi col gravame sospeso il sequestro. Per contrario costa dagli atti, che'l sequestro si ordinò, e si eseguì, e fu sequestro *etiam quoad fructus, & penes tertium.* Nè questo solo in quell' istrumento si tacque. Si tacquero ancora (e tacer si doveano per onore de' PP.) si tacquero i motivi, che indussero il Consiglier Commessario ad ordinar quel sequestro, ed a volerlo immantinente eseguito. Non si dubitava, che figli della sorella del testatore erano i Signori fratelli di Villapiana, e conseguentemente i suoi più stretti congiunti: che 'l testatore nel Monistero di S. Giovanni a Carbonara era da più anni vivuto: che quivi infermò, e che gli si fece sottoscrivere il testamento, quando era già vicino a morire. Queste circostanze, unite insieme, bastavano a far entrare nell' animo di un savio Giudice un qualche non mal fondato sospetto di seduzione. Ma, morto appena il testatore, per più documenti si cominciò più chiaramente a conoscere la nullità di quel testamento per difetto di volontà, e per difetto di solennità. Precedente ordine del Commessario, avea fatta fede D. Raffaele Gaudiosi, strettissimo amico del defunto D. Domenico, che costui nello stesso giorno, in

in cui gli si fece sottoscrivere il testamento, aveagli detto, che intenzion sua era di lasciare l' usufrutto di sua roba alle due sorelle monache nel Monistero della Consolazione, e, dopo la costoro morte, la piena proprietà a' suoi nipoti di Villapiana. Oltracciò, quattro de' sette testimonj testamentarj, cioè Alessandro Ursino, D. Andrea Firelli, D. Domenico Alfano, e 'l R. Notajo D. Gioacchino Talamo, aveano per pubblici giurati atti attestato, che, volendo D. Domenico far testamento, procurarono i PP. di farglielo fare per gli atti del Notajo del Monistero, ma colui nol volle: onde fecesi chiamare un altro Notajo: che costui, e due PP. si trattennero un' ora in circa nella stanza del moribondo, e poi vi furono essi introdotti con altri tre testimonj: che l' infermo poco sentiva: tenea per lo più chiusi gli occhi, nè potea tener dritta sul collo la testa: che non teneva alcuna carta in mano, ma teneala il Notajo: che 'l Notajo gliela diè a sottoscrivere: che 'l testatore mostrò voglia di leggerla, ma uno de' due PP. gli ordinò, che *per santa ubbidienza* la sottoscrivesse; e che così, senza leggerla, nè sentirla leggere, a grandissimo stento la sottoscrisse. Or se tutte coteste cose si fossero esposte alla Sacra Congregazione, avrebbe questa ben conosciuto, che contraria a' PP. era l' idea, che le tante circostanze del fatto avean destata in mente di chi doveva giudicarne, e che gran rischio correano essi di perder la roba: e, quel che più doveva importare, anche il buon nome, e non avrebbe negato l' assenso. Dunque di quel *lectum*, non è da tenere alcun conto. Si sa, che per Legge nullo è 'l rescritto, se mendace è la supplica (a), e che consiste il mendacio come nella falsa narrazione *juris*, *sive facti*, così ancora *in fraude tacendi*

(a) *L. universa 7. C. de diver. rescript.*

di (*a*). Ma un argomento più grande delle arti usate per non ottenere l' assenso trarrò io dal modo insolito, e irregolare, che in cotesta occasione si tenne. Gli assensi non altrimenti si concedono, o si negano, che con piena cognizion di causa: nè può questa acquistarsi altrimenti, che commettendosi l' affare ad un savio Prelato de' più vicini al luogo, in cui la causa si tratta, perchè in vista degli atti, e, praticando ancora altre diligenze, dica, se utile, o dannoso sia il contratto per riuscire alla Chiesa. Questo è lo stile della Sacra Congregazione, e cento, e mille esempj ne potrei produrre; ma me ne rimango, perchè nota a tutti è la cosa, come noto è ancora, esser cotesto stile non altronde nato, che da espressa disposizione dello stesso jus Canonico. P. Innocenzo IV. dichiarò nulla un' alienazione di roba Ecclesiastica, *quia tractatus sollemnis, & diligens, qui in alienationibus rerum Ecclesiasticarum exigitur, non fuit habitus* (*b*). Or perchè nel caso nostro si dipartì la Sacra Congregazione dall' antico suo stile, e senza piena cognizion di causa con un semplice *lectum* negò l' assenso? L' insolito dà sempre un mal sospetto di se. Io non oso di dire, che fu quel *lectum* uno di que' decreti, che ne' libri delle Leggi sono detti *decreta ambitiosa* (*c*), cioè, *per gratiam expressa* (*d*), e come tali non debbon valere. Dico, che a' Superiori maggiori dell' Ordine residenti in Roma riuscì di dare ad intendere alla Sacra Congregazione, che veri, e grandi erano i danni, che al Monistero di S. Giovanni la transazione recava. E se è così (e così è di

(a) *L. praescriptione* 2. *C. si contra jus, vel util. publ.*

(b) *Cap.* dudum 1. *de reb. Eccl. non alien. in Sext.*

(c) *L. denique* 3. *pr. de minor.*, *L. ambitiosa* 4. *pr. de decret. ab ord. fac. L. ult. C. de decret. Decur.*

(d) *V.* Brisson. *de V. S. v.* ambitiosus.

è di certo) tanto è l'impugnare, che oggi e' fanno la transazione per difetto di assenso, quanto l' allegare la propria turpitudine, cioè l' inosservanza del patto, giacchè 'l patto alla transazione apposto di chieder l'assenso, era per Legge da intendere in modo, che si chiedesse a buona fede, e con que' mezzi, co' quali sarebbesi potuto
5 ottenere, non già per mera apparenza. E chi non sa, che per Legge niun può la propria turpitudine allegare? tanto è lontano, che se ne possa trarre alcun pro. Un caso simile al nostro trattò la Ruota Romana. Aveano certi Monaci dato a fitto per nove anni una lor casa colla riserva dell' assenso Appostolico, cui essi promisero
6 d' impetrare. Si sa, che per dritto Canonico la locazione, oltre i tre anni, si ha per alienazione (a). Or trascurarono i Monaci d'impetrare l'assenso (come nel nostro caso nol vollero i PP. di S. Giovanni impetrare) indi impugnarono l'affitto come nullo per difetto di assenso. Ma la Ruota contr'a' Monaci giudicò (b), perche l' allegata nullità *respiciebat propriam turpitudinem Monacorum*, *qui promiserunt beneplacitum obtinere*. Non citò la Ruota alcun luogo de' libri della Legge: e potea citarne
7 tre (c), donde cotesta massima è tratta. E notisi, che in uno di essi (d) si parla di chi, allegando la propria turpitudine, impugnar volea la transazione: ch' è appunto il nostro caso; ed in un altro (e) espressamente si dice,

(a) *Cap.* ambitiosae *inter extravag. comm. de reb. Eccl. non alien.*

(b) *Part.* 14. *recent. decis.* 372. *num.* 4.

(c) *L. transactione* 30. *C. de transact. L. mercalem* 5. *C. de condict. ob turp. caus.*, & *L. si creditoribus* 5. *C. de servo pign. dat.*

(d) *In dict. L. transactione* 30.

(e) *In dict. L. si creditoribus.*

ce, che chi vuol rivocare l' atto, allegando la propria turpitudine, *audiri non debet*. Per un altro motivo ancora contr' a' Monaci giudicò la Ruota (*a*), cioè, perchè, essendosi essi obbligati d' impetrare l' assenso, ed avendo poi trascurato di farlo, *contra eos negligentes* (e molto più *contra eos impedientes*, come sarebbe da dire nel nostro caso) *habebatur pro impetrato:* la qual massima è tratta da due luoghi delle Pandette ignoti anch' essi alla Ruota. Il primo è di Pomponio (*b*): *In omnibus caussis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat*. Il secondo è di Ulpiano (*c*): *In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset*. E questa è la prima risposta. 8

Eccone ancora un' altra. Secondo il jus Canonico, allora per la validità dell' atto è necessario l' assenso Appostolico, quando sia vera e propria alienazione. In fatti le Decretali, che un tale assenso richieggono, sono poste sotto il titolo *de rebus Ecclesiae alienandis, vel non* (*d*). Or le vere e proprie alienazioni suppongon cosa perfettamente acquistata, non cosa semplicemente deferita per disposizione della Legge, o dell' uomo, ma non ancora perfettamente acquistata, cioè non trasferita ancora nel dominio di colui, che avrebbe diritto di farla sua. I Dottori, e nominatamente la Ruota Romana, trattando della necessità dell' assenso nelle alienazioni della roba della Chiesa, distinguono trà 'l jus perfettamente acquistato, e 'l jus deferito, e non ancora perfettamente 9

(a) *Num. 6.*

(b) *L. in omnibus 39. de reg. jur.*

(c) *L. in jure 161. eod.*

(d) *In Decretal. lib. 3. tit. 13., in Sext. lib. 3. tit. 9., in Clement. lib. 3. tit. 4., & in Extravag. comm. lib. 3. tit. 4.*

acquiſtato, e comecchè nel primo caſo richieggan l' aſſenſo, nol richieggono nel ſecondo. Non ne traſcrivo le autorità, perchè inutil coſa è traſcriverle, ove chiara, 10 ed eſpreſſa è la diſpoſizion della Legge. Sponendo Ulpiano l'Editto, col quale rivoca il Pretore le alienazioni fatte in frode de' creditori, ſcrive (a): *Quod autem, quum poſſit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc Edictum non pertinet: pertinet enim Edictum ad diminuentes patrimonium ſuum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur... proinde, & qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel teſtamentariam, non eſt in ea cauſſa, ut huic Edicto locum faciat; noluit enim adquirere, non ſuum proprium patrimonium diminuit*. Il caſo, che finge Ulpiano, è appunto il noſtro. Al debitore, nel caſo di Ulpiano, era già deferita dalla Legge, o dall' uomo l' eredità: deferita era ancora nel noſtro a' PP. per lo teſtamento di D. Domenico Ceſtari. Acquiſtata al debitore, nel caſo di Ulpiano, era la ſola poteſtà di far ſua l' eredità, non la eredità iſteſſa: e perciò, ripudiandola, non alienava. E chi non intende, eſſer da dire lo ſteſſo nel noſtro? E non mi ſtia a dire il venerato Contraddittore, che in virtù della *L. fin. Cod. de SS. Eccl.* la roba alla Chieſa donata, o laſciata, le ſi acquiſta immantinente, e per mera poteſtà di Legge. Ciò nel citato teſto non ſi dice: e quandochè vi ſi diceſſe, ſarebbe da intender del caſo, in cui non ſi dubitaſſe della validità del titolo, come della validità del teſtamento, nel caſo noſtro, ſi dubitava nel tempo della tranſazione. Nè credo, che poſſa il Contraddittore pretendere, che nel tempo della tranſazione tali atti giudiziarj ſi foſſer fatti, che poteſſe dirſi perfettamente acquiſtata a' PP. l' eredità. Il preambolo interpoſto, non inteſi gl' intereſſati, non dava

va

(a) *L. quod autem 6. pr. & §. 2. quae in fraud. cred.*

va al detto Moniſtero un jus certo: nè 'l poſſon dare i preamboli a coteſto modo ſpediti. Oltracciò, ſi trovava ſoſpeſo il preambolo già interpoſto: ſoſpeſa la ſpedizione del nuovo: fatto il ſequeſtro *penes tertium* de' beni ereditarj: e riſervato al S. Conſiglio il giudizio della nullità del teſtamento. Poſto ciò, mi dica il Contraddittore, ſe, non dico, veriſimile, qual era di certo, ma ſe poſſibil foſſe, che reſtaſſe il Moniſtero del tutto eſcluſo dalla eredità? E' non me ne potrà negare la poſſibilità. E tanto baſta, perchè da buon giuriſconſulto, qual è, debba confeſſare, che non l' aveva il Moniſtero perfettamente acquiſtata: *Non videtur*, dice Cajo (a), *perfecte cujuſque id eſſe, quod ex cauſſa auferri poteſt*. Se nella tranſazione aveſſe il Moniſtero ipotecati pe' duc. 5000. i proprj beni, avrebbe, in tal caſo, alienato; ma nella tranſazione i ſoli beni ereditarj di D. Domenico Ceſtari obbligò per lo convenuto pagamento. Furono di quel, che io dico, ben perſuaſi i PP. di S. Giovanni, e nell' iſtrumento della tranſazione ingenuamente confeſſarono, che, ſecondo lo ſtato, in cui era allora l'affare, non parea, che uopo ci foſſe dell' aſſenſo Appoſtolico: ed a maggior cautela ſoggiunſero, che, *naſcendo il dubbio su la neceſſità di detto aſſenſo, in tal caſo*, l' avrebbero eſſi domandato. E quinci mi naſce la terza riſpoſta. 11

Il patto alla tranſazione appoſto, fu queſto, che, *naſcendo dubbio su la neceſſità dell' aſſenſo, in tal caſo, doveſſero i PP. domandarlo*. Or poichè conteneva un tal patto l' intereſſe non meno de' Signori Villapiana, che de' PP., non dovean coſtoro farſi giudici di un tal dubbio. Dovean proporlo, inteſi i Signori di Villapiana; nè altri doveva, e potea meglio riſolverlo, che 'l S. Conſiglio, al quale, più che ad altrui, era noto lo ſta-

N n 2 to

(a) *L. omnes 139. §. 1. de reg. jur.*

to della causa: e quando avesse il S. Consiglio creduto necessario l'assenso Appostolico, avrebbe allora ordinato, che, per esecuzione del patto, fossero i PP. ricorsi alla Sacra Congregazione.

CAPO II.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non possono allegare il difetto della causa.

12 Do io per vero quel, che scrive il Contraddittore, che 'l difetto della causa finale dell'atto, fa, che l'atto non debba valere; ma dico, che non è da dire delle transazioni quello stesso, che dicesi degli altri atti umani. Negli altri atti manca sovente la causa finale; nelle transazioni, rarissime volte manca, o non mai. A chiaro intendimento di questo, che io dico, fingo il seguente caso. Mevio transigè con Sempronio, e per mille, che Sempronio ne pretendea, gliene diè quattrocento. Ma oggi, essendo riuscito od a Mevio di trovare l'istrumento della soddisfazione della intera somma, od a Sempronio l'istrumento, onde costa, che tutti i mille indubitatamente gli eran dovuti, vuol l'uno, o l'altro rescindere la transazione. Domando al mio Contraddittore, se 'l possa. In questo caso, che io fingo, allegherà forse, come nel caso, di cui si tratta, il difetto
13 della causa. Ma 'l caso è vero, e dagl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano, fu deciso così (a): *Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam, rescindi jura non patiuntur*. E perchè? Perchè, proseguendosi

(a) *L. sub praetextu* 19. *C. de transact.*

dosi la lite, poteva accadere o che Mevio tutti i mille pagasse, o che nulla Sempronio ne conseguisse: e l' essersi liberati amendue per la transazione dalle molestie della lite, e dal rischio o di pagar tutto, o di nulla conseguire, è causa, che basta a difender la transazione contra l' istrumento, che dopo di essa si è ritrovato. Così 'l Donello (a): *Non enim dicent, se sine caussa aut remisisse quid, aut solvisse, quum haec ipsa justa caussa sit, quod per haec a lite disceditur.* Fingo ancora un altro caso, in cui, più che nell' antecedente, par che manchi la causa. Possedendo Tizio i beni ereditarj di Cajo, persuaso di esserne erede, qual veramente non era, transigè co' creditori di Cajo, a' quali diè, o promise una certa quantità di danaro. Ma, scovertosi altri esserne i veri eredi, vuole oggi Tizio o ripetere quel, che ha dato, o non dare quel, che ha promesso. Quì prego il Contraddittore, che mi dica, se giusta sia la pretensione di Tizio. Giustissima (par ch' e' mi dica) è cotesta pretensione. Transigè co' creditori di Cajo un falso erede, e diè causa alla transazione un errore, che, togliendo il consenso, tutti vizia gli atti umani. Ecco una causa falsa: ecco il difetto della causa. Ma vero è ancora questo secondo caso, e fu dagl' istessi Imperadori deciso (b) a favore della transazione, e contr' al falso erede: *Improbe tibi petitionem decerni postulas:* così risposero gl' Imperadori a Taziano, che, credendosi falsamente erede di Archimedoro, avea coi costui creditori transatto; perchè, sebbene, come non vero erede, obbligato non fosse pe' debiti di Archimedoro, nondimeno, *hoc integro negotio*, cioè, prima della transazione, *tractari convenerat*. Nè di ciò contenti gl' Imperadori, soggiunsero, che nel caso

14

(a) *Ad cit. L. 19. num. 1.*
(b) *L. nec intentio 23. C. cod.*

caso ancora di non essersi pagata a' creditori la somma promessa loro a titolo di transazione, non avrebbe Taziano potuto *indebiti promissi velamento defendi*. E la ragione dell'un caso, e dell'altro, è questa, che ne reca il soprallodato Donello (a): *Datur haec pecunia ob caussam. Abunde magna caussa est, cur detur, quod a lite disceditur:* la qual causa, come nel caso, che siesi pagato il danaro, così nel caso, che si trovi promesso, e non ancora pagato, *jam sequuta est* (b). Non altrimenti il Vinnio, sponendo cotesto istesso rescritto degl' Imperadori (c): *Qui transactionis nomine promisit, aut solvit, non recte dici potest sine caussa promisisse, aut solvisse, quia hoc ipsum, ut a lite discedatur, satis justa caussa videtur*. Negli altri atti umani può mancare la causa: nelle transazioni non manca, perchè sempre è vero, che per esse si libera l' uomo dalle molestie della lite, e' dal rischio di perder più di quel, che dà, o di quel, che rimette. E questa è la vera, e sola causa finale delle transazioni. Nè questo è un opinare de' Dottori. Opinò così in un bel luogo delle Pandette (d) il giurisconsulto Paolo: *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit* (cioè sebbene non vi sia stato debito, come spiegò Accursio la voce *res*, o non vi sia stata lite, come altri la spose). *non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse*. O-
15 pinò così l' Imp. Antonino, che per causa giusta della transazione ebbe il solo timore della futura lite (e). Nè perchè dopo fatta la transazione si scopra, che quel, che

(a) *Ad cit. L.* 23. *num.* 1.
(b) *Donell. ad cit. L. num.* 3.
(c) *De transact. cap.* 8. *n.* 5.
(d) *L. in summa* 65. §. 1. *de condict. indeb.*
(e) *L. quum te* 2. *C. de transact.*

che si diè, o si promise, fu indebitamente dato, o promesso, ciò basta a rescinder la transazione per difetto della causa. Ne' due casi decisi dagl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, chi nel tempo della transazione pagò, o promise, certamente pagò, o promise per errore, perchè certamente nulla dovea; ma perchè in quel tempo di ciò non costava, ed intanto certa era la lite, o certo il timor della lite; il solo liberarsi da questo, o da quella, si ebbe per giusta causa della transazione; nè per quel, che si scoprì dappoi, si volle dagl' Imperadori permettere, che la transazione si rescindesse per difetto della causa. E questa n' è la ragione, 16 perchè quel, che in virtù della transazione si promette, o si dà, non si dà, o si promette come dovuto per causa antecedente, ma come un debito, che comincia da essa transazione, e si contrae per una causa futura, cioè perchè si receda dalla lite: *Qui pecuniam dat*, dice il Donello (a), *nomine transactionis, non tanquam ex praecedente caussa debeatur, dat, sed ob caussam, quae in futurum est, nempe ne secum agatur. Haec quum honesta sit, & sequatur, nihil amplius quaerendum est*: il che, soggiunge il Vinnio (b), *apprime notandum est*. Ora s' intende, perchè nel soprarrecato caso di Taziano, che com' erede, tal non essendo, transigè co' creditori del defunto, dissero gl' Imperadori, ch' e' non poteva *indebiti velamento defendi*. Sarebbe stato certamente *indebito*, se avesse dato, o promesso il denaro come dovuto per causa precedente: indebito non era, perchè avealo dato per liberarsi dalla lite, e questa era già *transactione decisa*. Ma rechisi in mezzo il luogo delle Pandette, donde il Donello, e 'l Vinnio trassero la differenza tra 'l debito per

cau-

(a) *Ad tit. Cod. de transact. cap.* 3. *num.* 1.
(b) *De transact. cap.* 8. *num.* 11.

causa precedente, e 'l debito per causa futura. E' quello stesso luogo del giurisconsulto Paolo, che ho pocanzi trascritto, e che ora nuovamente trascrivo: *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit* (ecco come fingesi il caso, che non ci sia debito per causa precedente) *non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum* (ecco la causa futura, per cui si promette, o si dà) *hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse*.

Poste coteste indubitate massime di dritto, come osano i PP. di allegare il difetto della causa? Promisero essi a' Signori di Villapiana duc. 5000, non come dovuti per causa precedente, ma come un debito, che cominciava dalla transazione, e contraevasi per causa futura, cioè, perchè i Signori di Villapiana recedessero dalla lite: ed una tal causa è già seguita, ed è seguita in modo, che per effetto di essa si dissequestrarono i beni, e se ne diè loro il possesso. Nè perchè dopo la transazione sonosi, com' essi falsamente suppongono, scoverte cose, le quali, se nel tempo della transazione si fosser scoverte, nulla si sarebbe dato, o promesso; ciò fa, che possa dirsi fatta la transazione senza causa. Di quel, che dopo fatta la transazione si scoprì a danno di chi avea dato, o promesso ne' due casi decisi dagl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, che sonosi di sopra allegati, non' si tenne alcun conto: e pure, se si fosse scoperto prima, non sarebbesi fatta la transazione.

17 Ma lo stesso giurisconsulto Paolo (potrebbe quì dire il Difensor de' PP.) in quel luogo istesso, in cui dice: *Hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse*, soggiunge: *Sin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur*. Ed ecco, che ancora nelle transazioni si tien conto di quel, che si scopre dappoi.

Se ciò dicesse, due risposte gli renderei. L' una è, che

che vuolsi intendere il testo della calunnia, la quale, sebbene dopo la transazione si scopra, nondimeno in tempo, che la transazione si fece, era nell' animo di uno de' contraenti, come, se valendosi scientemente di false scritture, od usando altra dolosa macchinazione (a), avesse istituita una lite calunniosa, ed indotto così l' altro a contrarre: *Fieri potest*, sono parole del Donello (b), *ut improbe, & per calumniam petitor litem intenderit, quum sciret nihil deberi (finge aut instrumenta confinxisse illum, aut falsis scientem usum esse) quem metum, quum ipse intulerit reo, & hanc caussam habuerit ad eliciendam transactionem, iniquum est ipsum ex suo dolo quidquam consequi. Sic est: & hoc etiam Paulus excipit in d. L. in summa* 65. §. 1. La stessa sposizion del testo di Paolo, diè ancora il Fabro (c). L'altra risposta è, che, secondo il testo istesso di Paolo, *evidentemente* calunniosa esser deve la lite: e perchè sia tale, non basta, che sia ingiusta: *Calumnia* [bellissimo è questo luogo del Fabro (d)] *quum sit falsitas, & mendacium, nihil est. Ergo materiam praebere non potest justae transactioni, quomodo potest vera lis quamquam injusta; non enim eo minus vera lis est, quod sit injusta: calumniosa autem vera non est, sed per calumniam efficta, & dicis caussa, ut Prudentes loquuntur, ut subesse aliqua lis videretur, quae re vera nulla subest. Hoc igitur casu, quasi nulla subsistente materia transactionis dicendum est, imperfectam esse transactionem*. Perchè possa non valere la transazione, *evidente*, a detto dell'istesso Paolo, esser dee la calunnia; e tanto

(a) *L. si ex falsis* 42. *C. eod.*, *L. pacta* 6. *C. de pact.* *L. transactione* 30. *C. de transact.*

(b) *Loc. cit.*

(c) *Ad cit. L.* 65. §. 1.

(d) *Loc. cit.*

evidente, che qualunque dubbio del tutto escluda: nè basta, che ingiusta sia l' azione, che si deduce, conciosiachè non qualunque ingiustizia qualunque dubbio escluda. Ma per quel, che si è detto dello stato, in cui era la causa nel tempo della transazione, è chiaro, che nè evidentemente calunniosa, nè ingiusta era l'azion dedotta da' Signori fratelli di Villapiana. Chi altrimenti opinasse, gran torto farebbe alla savièzza, ed alla rettitudine del Consigliere D. Francesco Carfora Commessario della causa, che, ben ponderate le circostanze delle persone, del luogo, del tempo, e del testamento istesso, ed in vista di più documenti da' Signori di Villapiana prodotti, sospese l' ordinata interposizion del decreto di preambolo, sottopose a sequestro *quoad fructus*, & *penes tertium* tutti i beni ereditarj, e riservò al S. Consiglio il giudizio dell' allegata nullità del testamento. Nè perchè riuscì a' PP. di trovar dopo la transazione un altro testamento fatto anni prima da D. Domenico, nel quale essi stessi erano scritti eredi, può quinci dedursi, che ingiusta, e calunniosa fu l' azion dedotta della nullità del secondo testamento per difetto di volontà; poichè, secondo quel, che pocanzi si è detto, sarebbe da provare, che i Signori fratelli di Villapiana nel tempo, che dedussero cotesta azione di nullità, certa scienza avessero di quel primo testamento, la qual certamente non ebbero: che, se certa scienza ne avessero avuta, l'avrebbero essi stessi prodotto, ed impugnando come nullo il secondo, in virtù di cui si era chiesto il decreto di preambolo, forse, e senza forse, più dura avrebber renduta la condizion de' PP., e non deteriorata la loro, per due nobilissimi luoghi del jus Civile, l'uno di Africano, l'
18 altro di Paolo. Scrive Africano (a), che, se 'l testatore ab-

(a) *L. cum qui* 51. *de adq. vel omitt. hered.*

abbia scritto in due testamenti un istesso erede, non può costui, se dubiti della validità del secondo, nè in virtù dell' uno, nè in virtù dell' altro, adire l'eredità. Scrive Paolo (a), che, avendo Clodio Clodiano scritto in due testamenti un istesso erede, adì costui l'eredità in virtù del secondo; ed essendosi poi questo scoverto nullo, *Papinianus pronunciavit, Clodianum intestatum decessisse*. Oltracciò, della scoverta fatta di cotesto primo testamento, non dovrebbero tanta pompa menare i PP., perchè da cotesto primo testamento un nuovo argomento potrebbe trarsi della nullità del secondo per difetto di volontà. Non si dubita, che'l secondo testamento fu fatto in grandi angustie di tempo, e tra le ambascie della vicina morte: nè si dubita, che D. Domenico Cestari volle farlo. Or se avesse egli voluto istituire nel secondo testamento quello stesso erede, che avea scritto nel primo, uopo non era, che in quelle angustie di tempo, e tra quelle ambascie di vicina morte si spendesse un' ora, e più per comporne un nuovo, e gli si desse poi la pena di sottoscriverlo alla presenza di sette testimonj: la qual cosa nello stato deplorabile, in cui si era, rincrescevolissima gli dovea riuscire. Se qualche nuova disposizion particolare avesse avuta voglia di fare, molto più speditamente, e con molto minore incomodo avrebbe potuto farla per codicilli.

(a) *L. Clodius 97. eod.*

CAPO III.

I PP. di S. Giovanni a Carbonara non possono allegar lesione.

CHi pon mente allo stato, in cui era la causa nel tempo della transazione, e fassi poi a riflettere, che i PP. di S. Giovanni a Carbonara colla promessa di soli 5000. ducati, da pagarsi dentro un anno dal dì della immissione nel possesso de' beni ereditarj, si liberarono dalla lite, ed acquistarono, oltracciò, la metà de' beni antichi materni, chiaramente conoscerà, che vantagiosissima fu per loro la transazione. Ma sia pure riuscita loro dannosa. Altro loro per Legge non resta, che aver pazienza. Non si rescindono le transazioni come lesive, sebbene enormissima sia la lesione, cioè, come i Prammatici la diffiniscono, sebben sia oltre il besse. So ben io, che nel caso di una tal lesione la più gran parte de' forensi estendono alle transazioni la notissima *L.* 2. *C. de resc. vend.*, per la ragione, che quando la lesione è oltre il besse, contiene il dolo *re ipsa;* ma chi non sa, che falsa han dimostrata questa ragione i dotti interpetri del jus Civile, e nominatamente il Fabro (*a*), e 'l Vinnio (*b*); e che non solo il Cujacio, il Donello, il Fabro, e 'l Vinnio, ma non pochi ancora de' più giudiciosi forensi appresso il nostro de Marinis (*c*), anno qualunque lesione del tutto esclusa dalle transazioni? Più sono i luoghi de' Li-

(a) *Cod. de transact. def.* 4. *&* *de resc. vend. def.* 3.

(b) *De transact. cap.* 8. *num.* 12, *&* *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 57.

(c) *Resolut. lib.* 2. *cap.* 233.

Libri delle Leggi, che di manifestissimo errore convincon coloro, che anno altrimenti opinato: *Heres ejus* (eccone uno di Scevola (a)) *qui post mortem suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea, repertis instrumentis, apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur*, SI NON TRANSACTUM ESSET, *posse*. Erasi al fedecommessario restituita una *minima quantità:* e l'eredità, che si dovea restituire, era quattro volte più grande, onde si restituì la sola quinta parte. Una lesione è questa maggiore della enormissima. E 'l giurisconsulto Scevola dice, che se quella *minima quantità* si fosse al fedecommessario data per transazione, non avrebbe il fedecommessario avuta azione. E pure, nel caso di Scevola, a colui, al quale doveasi il tutto, se n' era data una parte, tuttochè minima. Ma ne' due casi, che nel precedente Capo ho finti, e gli ho fatti poi trovar decisi dagl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano nelle *LL.* 19., e 23. *C. de transact.* una delle parti avea per transazione perduto tutto, e non permisero gl' Imperadori, che la transazione si rescindesse. Dunque, se in altri contratti, oltre la compera, e vendita, si può parlare di lesione, certamente nelle transazioni non se ne può affatto parlare. Di questa chiara, ed espressa disposizion di Legge, due sono le ragioni: l'una di dritto pubblico, l'altra di jus privato. Non ci ha dubbio, che, secondo le regole della giustizia particolare, sia cosa ben dura, che uom riceva dieci, o nulla, quandochè gli si dovean cinquanta, senzachè possa usare alcun rimedio di Legge; ma

(a) *L. Lucius* 78. §. *ult. ad S.C. Trebell.*

20 ma troppo è vero quel volgarissimo detto di Tacito (*a*): *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*. Importa alla repubblica, che si ponga fine alle liti, cui non si può meglio por fine, che per le transazioni: e 'l pubblico favore sostiene anche quelle, che, secondo le regole del-
21 la giustizia particolare, non dovrebbon valere. Ciò si conferma per due imperiali rescritti, l'uno dell'Imperadore Antonino (*b*), l'altro degl'Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*c*). Scrivon costoro, aver le transazioni non minore autorità delle cose giudicate: scrive colui,
22 che *sub praetextu computationis*, vale a dire, col pretesto di sofferta lesione (*d*), non si può venire contra la cosa giudicata: e la ragion, che ne reca, è di pubblico dritto: ed è perchè altrimenti *nullus erit litium finis*: la qual ragione, per lo sopraccitato rescritto di Diocleziano, e Massimiano, nelle transazioni ancora dee certamente aver luogo. La ragion poi di jus privato, è quella stessa, che nel precedente Capo si è recata, cioè, perchè quel, che nelle transazioni si promette, o si dà, si dà, o si promette, non come dovuto per causa antecedente, ma come un debito, che si contrae per causa futura, cioè, perchè *a lite discedatur*.

CA-

(a) *Annal. lib.* 14. *num.* 44.
(b) *L. non minorem* 20. *C. de transact.*
(c) *L. res judicatae* 2. *C. de re judic.*
(d) *V.* Vinn. *loc. cit.*

CAPO IV.

Si dimostra la nullità del decreto del S. Consiglio.

LE cose dette ne' tre precedenti Capi, basterebbero, senz'altra giunta, a far conoscere la nullità del decreto del S. Consiglio. Non difetto o di assenso Appostolico, o di causa, nè lesione potea da' PP. allegarsi: al meno non potea questa, o quello allegarsi in modo, che impedir potesse la pronta e parata esecuzione di un pubblico, e giurato istrumento, e di un istrumento poi di transazione tanto, quanto ciascun sa, favorita dalle Leggi.

Nè questa è la sola ragione, per cui doveva il S. Consiglio ordinare il pagamento, non già 'l deposito dell'interesse de' duc. 5000. Ce n'è un altra ancora nascente da un patto specialmente apposto alla transazione, ch'è questo: *Si è convenuto, che in caso ciascuna di esse parti contravvenisse, o pure pretendesse contravvenire al presente contratto, in tal caso, restando fermo in beneficio della parte osservante il presente istrumento, e tutte le cose in esso contenute, la parte contravveniente IN NESSUNA MANIERA POSSA, e DEBBA ESSERE INTESA in giudizio nelle sue pretensioni, se prima non avrà restituito, o PAGATO in beneficio della parte osservante le quantità convenute nella presente transazione una col di loro interesse, siccome esse parti in detti rispettivi nomi da ora con giuramento anno promesso di non essere intesi, se prima con effetto intieramente, e REALMENTE non sarà restituito, o PAGATO dalla parte contravveniente tutto quello, che avrà richiesto, o preteso,*

so, come sopra, in vigore della presente transazione una con tutti i danni, spese, ed interesse: altrimenti tutti gli atti, che si faranno, sieno nulli, ed invalidi, non ostante qualsivoglia eccezione, o equità del S. R. C. Ecco, che contrario a cotesto patto è 'l decreto del S. Consiglio. Doveano, in virtù di esso, condannarsi i PP. a pagare, nè prima poteano essere intesi: e 'l S. Consiglio gli condanna a far deposito. Il deposito, per Legge, non è pagamento: e i contraenti, ad escludere qualunque sottigliezza forense, per cui potesse il deposito tenere il luogo di pagamento, espressamente vollero, che dovesse *la parte contravveniente REALMENTE pagare:* e perchè non potesse sospettarsi, che si fosse un tal patto più per usato stile di Notai, che per vera, ed efficace volontà loro apposto alla transazione, soggiunsero: *Dichiarando di aver fatto questo patto di loro volontà, e non per clausola consueta, e stile di Notaro . . . . atteso con questo patto si sono convenuti, e non altrimenti.* Questo 23 è un patto non contrario ad alcuna Legge: seguentemente come l'avrebbe fatto osservare il Pretore secondo la promessa fattane nell' Editto (a), così dovea farlo il S. Consiglio osservare.

Nè contento il S. Consiglio di ordinare deposito, e non pagamento, volle, che 'l deposito si facesse *ex fructibus bonorum hereditariorum;* ma, *deductis legatis in testamento contentis*. E tra' frutti de' beni ereditarj non erano ancora i frutti della metà consuetudinaria de' beni antichi materni, che a' Signori di Villapiana spettava? E perchè alla metà consuetudinaria, ch'è un debito del testatore, si preferiscono i legati, che sono una mera sua liberalità?

E questo è poco. Nel caso, che non volessero i PP.

(a) *L. juris gentium 7. §. 7. de pact.*

PP. stare ai patti, e fare il convenuto pagamento, aveano i Signori di Villapiana dedotta quest' altra azione, che *si riducessero le cose nel primo stato col farsi nuovamente il general sequestro sù tutti li beni ereditarj, e con obbligarsi il Monistero a far deposito di tutte le quantità esatte, e frutti percepiti da' medesimi beni a danno, spese, ed interesse del medesimo Monistero*. Or, poichè non piacque al S. Consiglio di condannare i PP. all' effettivo e real pagamento a tenore dell' espresso patto dell' istrumento, perchè non deferì, come doveva, alla seconda azione, ordinando la riduzion delle cose allo stato primiero? Giusta non men, che la prima, era la seconda azione. Le transazioni come col consenso dell' una, e dell' altra parte si fanno, così si disfanno ancora col dissenso dell' una parte, e dell' altra (*a*): ed in tal caso torna la cosa allo stato primiero. Aveano già i PP. impugnata la transazione: ed ecco il dissenso di una delle parti. A' PP. rispondendo i Signori di Villapiana, dissero, che quando il S. Consiglio non volesse astringergli alla osservanza della transazione, eran contenti, che *al primo stato si riducessero le cose*: ed ecco il dissenso dell' altra parte. Posto ciò, non avendo il S. Consiglio condannati i PP. al convenuto pagamento, nè deferito alla seconda azione de' Signori di Villapiana, contrario è 'l suo decreto ad un rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano: *Si diversa pars*, e' dicono (*b*), *contra placitum agere nititur* (ecco il dissenso de' PP., che vengono contra la transazione) *aequitatis ratio suadet, refusa pecunia* (e nel caso nostro, in cui non si è pagato il danaro promesso, diremo *remissa pecunia*) *quum & tu hoc desideres* (ecco ancora il dissenso de' Signori di Villapia-

24

25

(a) *L. nihil 35. de reg. jur.*
(b) *L. si diversa 14. C. de transact.*

delle Pandette, ce ne sono due, l' una, che *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri:* l'altra, che *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam* (a). E chi non vede, che, non tornando la cosa con tutte le sue circostanze allo stato primiero, renderebbesi deteriore per un nuovo fatto de' PP. la condizion de' Signori di Villapiana? Ma si rifletta un po' meglio sulla trascritta *istanza* de' PP., e si conoscerà; ch' essi stessi anno per giusta la pretensione de' Signori di Villapiana. Consentono essi, che *si tolga di mezzo, e si abbia per risoluta la cession delle ragioni* fatta nella transazione, come se non mai si fosse fatta; e che *sperimenti* di nuovo *il Marchese le ragioni*, che avea cedute. Or si legga la transazione, e si troverà, che a beneficio del Monistero rinunciarono i Signori di Villapiana come alle suddette due azioni, così ancora *a tutti, e qualsivogliano atti, istanze, ricorsi, e decreti, & signanter al sequestro su de' beni ereditarj a loro istanza seguito.* Or io domando. Se a mia istanza, e ad istanza ancora dell' avversario alcun decreto si fa, che mi giovi, acquisto io, per esso, ragione contr' al mio avversario? Non possono negarmelo i PP. Dunque, quando ad istanza de' Signori di Villapiana si sospese l'interposizion del decreto del preambolo, acquistarono essi ragione contr' al Monistero, e nuove ragioni ancora contr' al Monistero acquistarono, quando si ordinò, e si eseguì 'l sequestro di tutti i beni ereditarj *quoad fructus, & penes tertium*, ed al giudizio del S. Consiglio si riserbò la nullità del testamento. Or se nella cession delle ragioni fatta da' Signori Villapiana a' PP. furono ancora coteste ragioni espressamente comprese, e consentono nella suddetta *istanza* i PP., che *si tolga di mezzo, e si abbia per risoluta la cession delle ragioni*, e che queste

28

29

 di

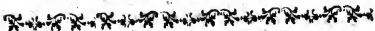
(a) *L. non debet* 74., & *L. nemo potest* 75. *de reg. jur.*

di bel nuovo *si sperimentino*, a giudizio de' PP. istessi, ne segue, che debbon tutte tornare al Marchese di Villapiana. Ma non possono al Marchese tornare altrimenti, che rinnovandosi que' decreti, pe' quali le aveva acquistate, ed alle quali rinunziò poi nella transazione, ed astringendosi i PP. a far deposito di tutti i frutti percepiti.

Finalmente aveano i Signori di Villapiana dedotta ancora una terza azione nascente da due Reali Carte del dì 9. del mese di Settembre dell'anno 1769, e del dì 23. del mese di Giugno dell'anno 1770, per cui si dichiarano incapaci di nuovi acquisti i luoghi pii Ecclesiastici: e, per rispetto de' beni prima di cotesta sovrana dichiarazione acquistati, si ordina, che se ne fu contraddetto il possesso, gli perdano, ed a coloro si diano, a' quali, tolti di mezzo i suddetti luoghi pii, spetterebbero per Legge. Di questa terza azione non tenne conto il S. Consiglio: e pure è tale, che, risoluta, qual è in fatti per consenso delle parti, la transazione, non può 'l Marchese rinunziarvi: tanto è lontano, che non possa ammetterla il S. Consiglio. Il possesso de' PP. fu contraddetto da' Signori di Villapiana, e fu contraddetto da che cominciò. Cessò la contraddizione per la transazione; ma siccome, togliendosi di mezzo la transazione, si ha come non fatta, così la contraddizione aver si dee come non mai interrotta, e conseguentemente dee farsi luogo alle sovrane determinazioni del Re: e quando a queste si faccia luogo, la ragion, per cui nè può 'l Marchese rinunziare a cotesta seconda azione, nè può non ammetterla il S. Consiglio, è, perchè le sovrane determinazioni del Re furon dirette al ben *dello Stato*, come nella prima di esse due Reali Carte si dice. Per pubblico bene furono i luoghi pii Ecclesiastici dichiarati incapaci di nuovi acquisti: e potrà rendergli capaci o'l consenso di un privato, o'l decreto del Magistrato? De'

patti

patti de' privati, è scritto ne' Libri delle Leggi (a): *Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest*: e de' decreti de' Magistrati, quivi ancora è scritto (b): *In primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam Legibus, aut Constitutionibus, aut moribus proditum est.* 30 31

Di Casa nel dì 14 dell'anno 1774.

Per D. Gaetano, D. Vincenzo, e D. Gennaro Ferrillo contr'al Marchese di Cercemaggiore.

A R G O M E N T O.

I. La *L.* 2. *Cod. de rescindenda venditione*, si estende alle transazioni enormissimamente lesive.

II. Le alienazioni, e le transazioni di roba feudale, fatte senz'assenso, sono nulle.

III. Se l'azione rivocatoria dell'alienazion del feudo, soggiaccia alla prescrizion tricennale.

S O M M A R I O.

1 QUel, *che acquista la moglie in costanza del matrimonio si presume (nel dubbio) acquistato* ex bonis viri: *il che anche estendesi alla madre tutrice, e curatrice de' figli.*

2 *La* 2. Cod. de rescindenda venditione, *si estende alle tran-*

(a) *L. jus publicum* 38. *ff. de pact.*

(b) *Inst. lib.* 4. *de officio jud. pr.*

transazioni enormissimamente lesive.

3 *La questione riguardante, se detta L. 2. si estenda, dove si tratti di rescinder le transazioni come lesive, in quali casi abbia luogo.*

4 *Le transazioni sono di strettissima interpetrazione, nè si estendono oltre le cose nominatamente dedotte.*

5 *Se colui, che impugna la transazione, possa sentirsi, se prima non abbia restituito l'*accetto.

6 *Quando la transazione contiene più capi, a ciascun de' quali non siasi data determinata somma, in tal caso, la lesione nasce da tutti uniti insieme.*

7 *Ne' giudizj delle transazioni lesive, come abbiasi ad estimare il dubbio evento delle liti.*

8 *Le alienazioni, e le transazioni di roba feudale, fatte senz' assenso, sono nulle.*

9 *Se nullo è 'l contratto sopra cui cade l' assenso, nullo ancora è l' assenso.*

10 *L' assenso è di così stretta natura, che non estendesi da contratto a contratto, nè da cosa a cosa, nè da persona a persona, nè da tempo a tempo:* Ved. il num. 16. e seg.

11 *L' assenso non registrato dentro il biennio ne' quinternioni della Regia Camera, si ha come non dato:* Ved. il num. 23. *nè ci ha luogo a retrotrazione:* Ved. il num. 19. e 23.

12 *Abolita la differenza tra 'l dominio* quiritario, *e 'l dominio* bonitario, *sono le doti nel dominio della moglie: il marito ne ha la semplice amministrazione, e ne fa suoi i soli frutti.*

13 *Nullo è 'l pagamento, che fa il debitore al non suo creditore.*

14 *Chi compera per se un fondo col danaro d' altrui, divien padrone dello stesso fondo, restando debitore del danaro. Limitazione di questa regola:* Ved. il num. seg.

15 *La*

15 *La cosa comperata col danajo dotale, spetta alla donna.*

16 *L' assenso caduto sulla dazione* in solutum, *non si estende, nè giova al contratto di compera, e vendita:* Ved. i num. seg.

17 *La dazione* in solutum, *è simigliante alla vendita; ma vera vendita non è:* Ved. il num. seg.

18 *Dove lo Statuto parla della sola vendita, non si estende alla dazione* in solutum, *tuttochè questa sia simigliante a quella.*

19 *Il solo Principe con certa scienza, e per pubblica causa può derogare al dritto del terzo.*

20 *Sebbene alienandosi il feudo senz' assenso, l' atto sia nullo, non per tanto ne nasce la speranza, che possa divenir valido, ottenendosi, quandochè sia, dall' alienante l' assenso.*

21 *L' assenso non può spedirsi dopo il chericato, o 'l monachismo dell' alienante; il che anche ha luogo, casochè siasi impetrato l' assenso, ma non ancora registrato:* Ved. i num. seg.

24 *Se la registrazion dell' assenso siasi introdotta per lo solo interesse del Regio Fisco., e non già per lo privato interesse delle Parti:* Ved. il num. seg.

26 *Se l' azione rivocatoria dell' alienazion del feudo soggiaccia alla prescrizion tricennale:* Ved. i num. seg.

27 *La prescrizion tricennale, a qual fine fu dal jus feudale comune introdotta, e dalla Legge del Regno confermata.*

28 *Dove siaci Statuto, il qual faccia correre il tempo anche a danno dell' ignorante, se tale Statuto debbasi osservare; e come debbasi interpetrare.*

29 *L' error di Legge, trattandosi di evitar danno, non nuoce.*

30 *L' ignoranza del fatto d' altrui, non del proprio, si pre-*

presume sempre per Legge.

31 *L'età minore si deve dedurre dal tempo, onde si vuol far nascere la prescrizione.*

32 *La prescrizion centenaria, o l'immemoriale, da se, vale per titolo, ed esclude qualunque presunzion di mala fede.*

32 *La prescrizion tricennale, per jus Canonico, e per Legge del Regno, non altrimenti giova al possessore, che se abbia titolo, e buona fede; il che ha avuto luogo anche prima, che si fosse data fuori detta Legge del Regno:* Ved. il num. 36.

34 *La buona fede, dove propriamente consista.*

35 *Possessor di mala fede è colui, che possiede senza la solennità dalla Legge necessariamente richieste:* Ved. il num. 37.

39 *Della differenza, ch'è posta tra la prescrizion tricennale de' feudi, e la tritennale de' beni indifferenti, e burgensatici a tenor del jus Civile:* Ved. il num. seg.

40 *Qual sia, e dove consista l'investitura presunta.*

41 *A prescrivere il Regio assenso, e'l jus della caducità spettante al Regio Fisco, si richiede lo spazio di anni* 100.

42 *L'alienazion del feudo senz'assenso, per jus feudale comune, era nulla; e quantunque da' contraenti si fosse rivocata, non evitavasi la pena della caducità. Si evita oggi per Legge del Regno, rivocandosi l'alienazione prima, che l'alienante sia prevenuto dal Fisco.*

43 *Contr'al fatto proprio, si può venire, dove l'atto sia nullo del tutto.*

44 *Della differenza, che passa tra la Costituzione*, Consuetudinem pravam, *e la Costituzione*, Constitutionem divae memoriae: *e perchè per la prima, e non già per la seconda, abbia luogo la prescrizion tricennale.*

AL-

ALLEGAZIONE XII.

NEll'anno 1632, il Cavaliere dell'Ordine di S.Michele Paolo Emilio Ferrillo, contrasse matrimonio con Isabella Doria. A costei diè 'l padre in dote il *maritaggio* della famiglia Doria ascendente a duc.6000. della nostra moneta, de' quali furon poi pagati soli 3045.70, e donò lo sposo duc.4000. a condizione, che tener dovessero il luogo dell' antefato, a tenore della Prammatica data fuori pochi anni prima dal Duca di Ossuna. Nacquero da cotesto matrimonio tre maschi, Filippo, Carlo, e Marcantonio, ed una femmina per nome Anna. Nell' anno 1650. morì Paolo Emilio *ab intestato*, superstiti tutti e quattro i figli, e la costoro tutela, e cura ad Isabella si deferì. Avea costei un fratel germano, detto Giambatista, uom nobile, quanto altri; ma non men povero dell' antico Irò, che ci vien da Omero descritto per l' uomo più povero della Grecia. Cotesto fratello aveva Isabella fatto pensiero di arricchire colla roba di Casa Ferrillo: ma, fino a tanto che visse Paolo Emilio, non potè condurre al disiato fine il disegno. Liberata appena dalla suggezion del marito, al disiato fine il condusse. E non ebbe a durar gran fatiga. Nell' anno della morte di Paolo Emilio, avea Filippo anni 15., Carlo 13., e Marcantonio 11: ed oltracciò, Filippo non curò mai il ben della Casa, come colui, che non fu mai inchinato a tor moglie: e cieco era di passione come per la madre, così per Giambatista suo zio, al cui figlio donò poi tutta sua roba, e nella cui casa, dopo la coabitazione di più anni, finalmente morì: Carlo era così dappoco, che, ad istanza del suddetto Filippo, gli fu dalla G. Corte inibita qualunque alienazione; e Marcantonio fu un uom semplice, e pusillanimo. In tale stato

di cose, Isabella, tosto che morì Paolo Emilio, si pose in casa il fratello, e gli diè la libera amministrazion della roba de' figli.

Ma per arricchire Giambatista, senzachè scandalo ne nascesse, conveniva, che l' amministrazion, che aveva Isabella della roba de' figli, si traesse il più che si potesse in lungo, e che sotto un qualche specioso pretesto buona parte di essa in lui si trasferisse. Ed ecco come Isabella, dell' indole de' figli abusando, ne venne felicemente a capo. Nell' anno 1658. era già da più anni finita, secondo il prescritto delle Leggi, la cura di Marcantonio, di Carlo, e di Filippo: e le loro rendite erano ancora amministrate da lei. In un pubblico istrumento del dì 18. del mese di Novembre del detto anno, essa stessa asserisce, che aveale amministrate *de eorum consensu, & ordine oretenus usque in praesentem diem:* se non che prima del detto tempo, aveva ella fatto suo compagno nell' amministrazione il suo fedel primogenito Filippo, coll' animo di deporla in apparenza, quando, trovandosi colui ben istrutto per lungo uso degli affari della casa, i due fratelli, ch' erano inesperti, e dappoco, avrebbero avuto di grazia lasciarne l'amministrazione a lui solo, che tutto da lei dipendea.

Amministrandosi a cotesto modo le rendite de' tre fratelli, è ben verisimile, che qualche parte ne facesser cadere Isabella, e Filippo nella borsa di Giambatista, sì bene accolto in lor casa. Ma non potea ciò bastare ad arricchirlo, come da loro si desiderava; ed e' si aveva ad arricchire sotto un qualche specioso pretesto, che si trovò finalmente, e furon le nozze da Isabella conchiuse tra'l fratello, tuttochè di anni pieno, e la sua figliuola Anna, la quale, essendo morta nell' anno 1730. in età di anni 81, ed avendo contratte le nozze nell' anno 1659, è chiaro, che moglie divenne, quando non

avea

aveà toccata ancora la pubertà. A tanto giunse l'impegno di arricchir Giambatista.

Consistea la roba di Casa Ferrillo negli stabili ereditarj di Paolo Emilio del valore di duc. 44539, e nel feudo di Cercemaggiore comprato nell'anno 1652, anche con dánaro ereditário per duc. 32m.; onde ascendea tutta a ducati 76539. Or avendo Paolo Emilio lasciati quattro figli, la costoro legittima, sarebbero stati ducati 25513, e la porzione a ciascun de' quattro spettante 6378: e quando si fosse Anna dotàta della intera legittima, ne avrebbe dovuto essere più che contenta. Ma Isabella, Filippo, e Giambatista voleano, che si dotasse oltre la virile. La quarta parte dell' intera somma de' duc. 76539. sarebbero stati 19134, ed Anna ne' Capitoli matrimoniali del dì 18. del mese di Novembre dell'anno 1658. fu dotata di 20000. da pagarsi dentro sei mesi dal dì del matrimonio. Ai detti duc. 76539. aggiungasi quel danaro, che nell' istrumento di divisione si lasciò comune a' fratelli nella somma di duc. 20m. In tal caso sarebbe ascesa la virile a duc. 24134, ed anche in tal caso avrebbe sofferto la Casa Ferrillo danno maggiore, che, se oltre la virile fosse stata colei dotata. In un albarano del giorno istesso erasi convenuto, che le spese, che si aveano a fare in Roma *per la dispensa*, e le spese, che si aveano a fare in Napoli *per lo matrimonio*, si facesser tutte dai dotanti. Costa per una partita di Banco, che nell'anno 1716, quando molto men difficili, che nel passato secolo, erano le Pontificie dispense per le nozze colla figlia della sorella, si pagarono in Dateria da Ippolito di Costanzo scudi 8000, ascendenti a 10000. ducati Napoletani. Al contrario, per un documento prodotto dal Marchese di Cercemaggiore, si pretende, che per lo matrimonio di Giambatista Doria, e di Anna Ferrillo, furon pagati in Dateria scudi 2400,

cioè 3000. ducati della nostra moneta. Sia così. Già si tolsero per coteste nozze alla Casa Ferrillo altri duc. 3000; e si sa, che per sì fatte dispense non nella sola Dateria si spende danaro. Le spese poi del matrimonio di un Cavaliere, che, dall'illustre Casato in fuori, altro di suo non avea, verisimilmente ascesero a più altre migliaja.

Pur non erano di ciò contenti Isabella, Filippo, e Giambatista. Il bel feudo di Cercemaggiore si avea da trasferire da Casa Ferrillo a Casa Doria: e quando que' tre erano in lega, era bella, e fatta la cosa. Ed ecco, che Filippo, il quale, come primogenito, ne avea l'utile dominio, e Carlo, e Marcantonio, che vi rappresentavano su rate di prezzo, con istrumento del dì 29. del mese di Agosto dell'anno 1659. in soddisfazione de' ducati 20m. dotali di Anna, trasferiscono in Giambatista, senz' alcun patto di ricomprare, l'utile dominio de' corpi feudali, e 'l pieno de' burgensatici di Cercemaggiore. E perchè nol trasferirono in Anna, a cui si apparteneva il dominio della dote? Perchè l'idolo, che Isabella, e Filippo voleano, che si adorasse, era Giambatista. Or chi legge cotesto istrumento, chiari indizj vi trova dell'abuso, che allora si fece della sciocchezza di Carlo, e della semplicità, e pusillanimità di Marcantonio Ferrillo.

Si vada ora più in là. Si è detto, che Paolo Emilio donò ne' Capitoli ad Isabella l'usufrutto di ducati 4000, e che delle di lei doti si erano esatti 3045. 72. Or non contenta Isabella del semplice usufrutto de' suddetti duc. 4000, ne volle ancora la proprietà: e perchè non dissentiva Filippo, immediatamente le si pagarono. Pretese ancora la restituzion delle sue doti nella somma da Paolo Emilio ricevuta di ducati 3045.72. E comecchè questi si dovessero impiegare in compra, perchè

a te-

a tenore de' Capitoli della sola decima parte avrebbe potuto disporre, nondimeno, in soddisfazione di essi, volle da' figli una cessione *omnium eorum bonorum mobilium, argenteorum, aureorum, jocalium, & curruum existentium in eorum domo:* e perchè Filippo non dissentiva, l' ottenne. Pongasi ora mente a quell' *omnium*, e si conchiuderà, che nè argento, nè oro, nè carrozza, o cavallo, nè alcuno altro mobile restò in casa de' Ferrilli, che proprio lor fosse. Nè ci sia chi creda, che, coabitando con loro la madre, e' ne avesser l' uso. Uscito che fu Giambatista della casa de' Ferrilli, ne uscì ancora Isabella, e tutti seco gli portò nella casa di Giambatista. Può darsi madre più disamorata? E pure ci è cosa nell' istrumento, che a me pare men tollerabile. Dopo di avere Isabella ricevuti da' figli in proprietà que' ducati 4000, de' quali aveva il nudo usufrutto, e dopo di aver tolti loro tutti i mobili, si riserva contra essi, *jura competentia consequendi vestes lugubres, lectum viduale, & interesse.* Ed una madre, dopo 10. anni dalla morte del marito, e dopo una sì lunga, e sì capricciosa amministrazione delle rendite de' figli, in quell' istesso istrumento, in cui toglie loro duc. 4000, e tutti i mobili, osa di fare contra essi una sì avara, e tanto ingiusta riserva! E Carlo Ferrillo si tace, e consente! E si tace, e consente Marcantonio Ferrillo! E tutti e due tacciono, e consentono, mentre colei dice, che riceve i ducati 4000, e tutti i mobili della casa *pro faciendo dictis filiis rem gratam.*

Par, che non possan più crescer le maraviglie della dolosa condotta d' Isabella, di Filippo, e di Giambatista, e della sciocchezza, e semplicità di Carlo, e di Marcantonio. E pure molto più le fanno crescere due altri istrumenti stipolati l' un dopo l' altro nel dì 8. del mese di Novembre dell' anno 1673. Nell' anno 1662. comprò Filippo a suo nome per duc. 11m. annui 440. sull' arrenda-

damento della farina vecchia. Or nel primo de' detti istrumenti, e' dichiara con giuramento, che nella compera de' suddetti annui 440. aveva avuto il *nudo nome*, *per essere stati comprati di danaro proprio d' Isabella*. E donde aveva ella ritratta la considerabil somma di ducati 11m.? Da Genova non l' avea certamente portata: e quando chiaramente non si dimostri esserle pervenuta altronde, che dalla roba del marito, e de' figli, contra lei presumon le Leggi (a): e sebben queste parlino della moglie, che, durante il matrimonio, faccia un qualche acquisto, nondimeno si sa, che per maggioranza di ragione si estendono alla madre tutrice, e curatrice de' figli (b).

Tempo è ora di venire al giudizio presente. De' tre fratelli Ferrilli, il solo Marcantonio terzogenito prese moglie, e morendo nell' anno 1690. lasciò nella infantile età due figli, Giuseppe, e Benedetto, che, fatti maggiori, acquistaron le notizie de' tanti, e sì gravi danni, che avea la lor Casa ricevuti da Isabella, da Giambatista, e da Filippo; e nell' anno 1719., dedussero nel S. Consiglio la nullità, e la enormissima lesione di tutti i soprammentovati contratti contra 'l Marchese Domenicantonio Doria, com' erede di Giambatista, doloso occupatore della loro roba, e come donatario universale di Filippo, e contra Filippo istesso; ma, opposta dal primo l' eccezion del compromesso, e dal secondo l' eccezion del chericato, fu l' affare rimesso a due arbitri, dinanzi a' quali il termine si compilò, senza essersi (colpa del Marchese) profferito mai laudo. Finalmente nell' anno 1722., stanchi di litigare Giuseppe, e Benedetto, si

(a) *L. Quintus Mutius... ff. de donat. int. vir. & L. etiamsi 6. C. eod.*

(b) *V. Coras. Miscell. lib. 3. cap. 5.*

si lasciarono indurre ad una transazione, in virtù di cui, per la tenuissima somma di annui 184. 4. di fiscali, il cui capitale effettivo giunge appena a duc. 2500, rinunziarono alla lite. Ma nell' anno 1738. si accorsero, ch' enormissimamente lesiva, anzi nulla, era stata la suddetta transazione: onde Benedetto, anche come cessionario di Giuseppe, ricorse per la seconda volta nel S. Consiglio, rinnovando le antiche azioni, e deducendone anche altre prima non dedotte. Oppose allora il Marchese l' eccezione della *restituzion dell' accetto:* e in questo stato è 'l giudizio, che si prosegue oggi da' tre figli di Benedetto.

2 Prima di venire al punto della presente controversia, ingenuamente confesso, che da non pochi Dottori s' insegna, non esser da estendere alle transazioni la notissima *L.* 2. *C. de resc. vend.* principalmente, perchè pubblicamente importa, che abbian fine le liti: e così, contr' al Bartolo, il Baldo opinò. Ma non mi si negherà, che la sentenza più ricevuta nel foro, distingue tra la enorme, e l' enormissima lesione; e comecchè per la enorme non le rescinda, ben le rescinde per la enormissima. Questa sentenza, come più equa, più tuta, e confermata da più gran numero di Decisioni, segue il dotto Valerone (a), soggiungendo, che quel Fabro, il quale ne' libri degli *Errori de' Prammatici*, avea l' opinion del Baldo difesa, fece poi in più *Definizioni* del suo Codice a rescission soggiacere le transazioni enormissimamente lesive. 3 Nè meno potrà negarsi, che cotesta questione ha luogo, quando trattasi di rescinder le transazioni come lesive del jus in esse dedotto, il di cui dubbio evento fu nel tempo di esse estimato, ed assi ora dal Giudice nuovamente da estimare, non quando dopo le transazioni un jus nuovo si scopre;

e si

(a) *De transact. tit. 6. q. 2. num. 46.*

4 e si deduce. Ciascun sa, che sono le transazioni di strettissima interpetrazione, nè si estendono oltre le cose nominatamente dedotte. Così rescrisse l' Imp. Alessandro (*a*): così rescrissero gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*b*): e ciò tanto è vero, che sebbene dopo le cose nominatamente dedotte, si soggiunga una qualche clausola generale, questa dee restringersi a quelle. Così nel suo Codice il Fabro (*c*): *Quoties in transactionis praefatione specialis petitio proponitur, decisio autem sequitur generalis, non de aliis transactum videri debet, quam quae specialiter deducta fuerant in petitionem, ne transactio alioqui facile trahatur ad incogitata.*

5 Per quel, che poi si appartiene alla eccezione della restituzion dell' *accetto* (ed ecco, che vengo al punto della presente controversia) quantunque per un rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*d*), da molti si creda, non esser da sentire chi vien contra la transazione, se prima non abbia restituito l' *accetto*, nondimeno ben molti, interpetrando altrimenti quel rescritto (e tra costoro è'l nostro de Marinis (*e*)) cotesta eccezione riservano ai meriti della causa: e questo da gran tempo è lo stile de' nostri Tribunali, massimamente del S. Consiglio. De' suoi tempi scrisse il de Marinis (*f*), *quod hac parte in S. C. inducta est consuetudo judicandi*, e molte *Decisioni* ne reca: altre ancora ne reca il de Rosa (*g*), e ben molte se ne sono fatte a dì nostri. Che se

(a) *L. age cum Geminiano 3. C. de transact.*
(b) *L. si de certa re 31. C. eod.*
(c) *Lib. 2. tit. 4. def. 6.*
(d) *L. si diversa 14. C. eod.*
(e) *Resol. lib. 2. cap. 234. num. 3.*
(f) *Num. 4.*
(g) *Prax. decret. civ. par. 1. in 1. instan. ord. jud. cap. 5. num. 21.*

se talvolta si è obbligato l' attore a restituire l' *accetto*, è ciò avvenuto nel caso, che siesi chiaramente conosciuta l' ingiustizia della petizione, vera essendo la regola, che ci dà 'l citato de Rosa intorno a ciò (a): *Restitutio acceptorum a judicis arbitrio potissimum dependet, quod sane regulandum est a laesione, & a bono, vel malo jure actoris, qui contra transactionem venit*. Or è agevole a dimostrare, che non solo enormissimamente lesiva, ma nulla ancora fu la transazione dell' anno 1722. Parlerò prima della lesione.

Le azioni da Giuseppe, e Benedetto Ferrillo dedotte contra 'l Marchese di Cercemaggiore, si leggon tutte in quattro Capi dell' istrumento della transazione. Nel primo Capo si parla della eccessiva dotazione di Anna, e se ne pretende la riduzione a giusta meta. Ed io, comecchè troppo sia chiaro, ch' eccessive per quel, che se n' è detto in questa *Scrittura*, furon le doti ad Anna assegnate nella somma di duc. 20m., pur mi contento, che non se ne tenga alcun conto, e meno ancora buone le grandi spese fatte in Roma per la dispensa, e le altre certamente maggiori fatte in Napoli per lo decoroso matrimonio, e mantenimento di un nobilissimo Cavaliere dalla ingiusta fortuna a somma inopia ridotto.

Quel, che non può menarsi buono, è 'l contenuto nel secondo Capo; cioè, l' essersi dato senza patto di ricomprare per soli 20m. ducati un feudo apprezzato per duc. 45212, e comprato nello stesso anno, dedotta la festa, per duc. 32m., a' quali si aggiunser poi altri 2350, prezzo di una masseria di buoi, e vacche; e l' essersi dato a sì vil prezzo, allegandosene due cause, le quali Filippo, e Giambatista ben sapeano, ch' eran false, e non per altro fine allegavansi, che per non fare accorti

(a) *Loc. cit.*

Carlo, e Marcantonio del maggior valore, e della maggior rendita di quel feudo. Nè mi si dica, che quel più, che valeva il feudo, non poteva esser tanto, che dandosi per 20m. ducati ne seguisse lesione enormissima; poichè quando la transazione contien più capi, nè si dà per ciascuno certa e determinata somma, nasce allora la lesione da tutti uniti insieme: *Si transactio*, dice il sopraccitato Valerone (*a*), *plura capitula contineat*, *ad ineundam*, *& judicandam laesionem*, *omnium habenda est ratio* ... *nisi singula jura singulis quantitatibus transigantur:* il che non si fece nella transazione, di cui si tratta.

Nel terzo Capo si parla de' duc. 4000, che pretese ed ebbe Isabella da' figli in proprietà, tuttochè se ne dovesse il solo usufrutto: si parla ancora de' mobili a lei dati per duc. 3045. 70 sue doti, e da lei interamente donati al fratello, tuttochè della sola decima potesse disporre; e finalmente si parla degli altri duc. 437. 30 dotali, pagati ad Isabella dopo la morte del marito, e da lei celati a' figli, e donati al fratello: le quali tre somme ascendono a duc. 7483. Or perchè si conosca, a che giungesse nell'anno 1722. cotesta pretensione, egli è da sapere, che eredi di Carlo per la metà erano Giuseppe, e Benedetto, onde com' eredi di Marcantonio lor padre, e com' eredi di Carlo loro zio, avrebbero rappresentata la metà di tutte le suddette tre somme, cioè 3741. 50. e di altri duc. 6674. 60. de' quali non si parla nella transazione, perchè da Giuseppe, e Benedetto nulla se ne sapeva.

Nel quarto Capo si parla de' ducati 11m., de' quali Isabella, dappoichè Filippo dichiarò, che a lei si appartenevano, donò a Giambatista 4333. 33, e si pretende la metà de' detti 11m. ducati, la quale coll' interesse alla stessa

(a) *Tit. 6. quaest. 2. num. 61.*

ſteſſa ragion del 4, ma dall'anno 1662, in cui con que' duc. 11m. ſi comprarono gli annui 440. ſopra l'arrendamento della farina vecchia, aſcendeva a duc. 18700. E non ingiuſta era coteſta pretenſione. Quanto è certo; che danaro proprio d' Iſabella non furono que' ducati 11m., ma ereditarj di Paolo Emilio, altrettanto è certo, che quanto colei tolſe a' figli, tutto diè a Giambatiſta. Sono in tutto 25374-60.

Or poichè ne' giudizj delle tranſazioni leſive aſſi ad eſtimare il dubbio evento delle liti, e queſto ſi dee tanto eſtimare, quanto *experti homines pro jure, ſeu actione illa communiter darent*; come giudizioſamente parla il de Marinis (a); chi è, che, ponendo mente a tutto ciò, che ſi è ſcritto dell' ingiuſtiſſimo impegno, che aveano Iſabella, e Filippo di arricchire Giambatiſta, e della malizioſa condotta di tutti e tre, e ſpezialmente delle falſe cauſe, che ſi allegarono in quaſi tutti i contratti, e che dal fatuo Carlo, e dal ſemplice, e puſillanimo Marcantonio furono ammeſſe come vere; chi è, io dico, che non trovi enormiſſimamente leſiva la tranſazione dell'anno 1722, in virtù di cui, per compenſo di tante ſomme da tutti e tre rubate a Carlo, ed a Marcantonio, ſi danno ai coſtui figli ſoli annui 184. 4 di fiſcali, il cui capitale effettivo appena giunge a ducati 2500? Qual Giudice, ſecondo la ſtretta giuſtizia, non avrebbe nel detto anno 1722. condannato il Marcheſe a pagar loro l' intera ſomma de' ſuddetti 25374-60? Ed avrebbe uſata grande equità, calcolando l' intereſſe alla baſſa ragion del 4, quandochè per lo tempo, che avea Giambatiſta goduto del mal tolto, correa l' intereſſe al 6, ed al 7. per 100. E qual uomo dotto, ed *eſperto*, tranſigendo, non avrebbe eſtimato il dubbio

(a) *Lib.* 2. *reſol. cap.* 233. *num.* 10.

evento di questa lite *pro jure* di Giuseppe, e Benedetto, almeno per due terze parti de' duc. 25374.60?

Nè solamente lesiva per tutto ciò, che se n'è detto, è la transazione dell'anno 1722: è ancora del tutto nulla per rispetto del feudo di Cercemaggiore, come quella, a cui manca il R. assenso. L'Imperador Federigo II. dopo di avere generalmente dichiarate nulle le alienazioni de' feudi senza l'assenso del Principe, soggiunse (a): *Transactiones etiam, si quae sine mandato nostrae Curiae factae fuerint, nullius decernimus esse momenti.*

8

Ma non è la detta transazione il titolo, onde primamente quel feudo si alienò. Sin dal passato secolo erasi trasferito in Giambatista in virtù di dazione *in solutum*, munita di R. assenso. Così l'accorto Contraddittore.

Rispondo, che, se alla transazione mancò di fatto l'assenso, alla detta *in solutum* dazione mancò per dritto: onde è stato sempre quel feudo presso i primogeniti di Casa Ferrillo. A chiaro intendimento di ciò, sono da premettere tre massime. La prima è, che, se nullo è'l contratto, sopra cui cade l'assenso del Principe, nullo ancora è l'assenso, perchè l'assenso è accessorio, e, come tale, segue la natura del principale: *Assensus*, dice il de Ponte (b), *non est actus de per se stans, sed est confirmatio contractus rei feudalis, & non dato confirmabili, quod est contractus, non habet ubi figat pedes.* La seconda è, che l'assenso è di così stretta natura, che non si estende da contratto a contratto, nè da cosa a cosa, nè da persona a persona, nè da tempo a tempo: *Quum assensus sit stricti juris*, sono parole dello stesso de Ponte (c), *regula est non extendi nec de contractu ad con-*

9

10

(a) Const. *Constitutionem Divae memoriae.*

(b) *De pot. Proreg. tit. 7. §. 9. num. 7.*

(c) *Tit. 6. num. 40., 41., & 42.*

contractum, nec de re ad rem, nec de casu ad casum, nec de persona ad personam: le quali parole escludono ancora l'estensione da tempo a tempo: e l'espresse altrove il de Ponte per queste altre (*a*): *Assensus non extenditur de tempore ad tempus in tantum, quod assensus super contractu facto non extenditur ad faciendum*. La terza è, che l'assenso non registrato dentro il biennio ne' quinternioni della R. Camera, si ha come non dato: *Registratio*, scrive il Gizzarello (*b*), *est sollemnitas, quae requiritur a Lege ex forma cum praefinitione temporis, quo elapso, actus est nullus*. E non è solamente nullo per la disposizion della Legge: è nullo ancora in virtù della clausola irritante, *alias non habeatur pro praestito*, senza cui non si danno gli assensi alle alienazioni de' feudi. Si vegga il de Marinis (*c*). 11

Si adattino ora coteste massime al caso. Il feudo di Cercemaggiore fu dato *in solutum* a Giambatista Doria, perchè in lui passasse il dominio utile de' corpi feudali, e 'l pieno de' burgensatici. Or tanto basta, perchè cotesta *in solutum* dazione sia nulla. Abolita dall' Imp. Giustiniano l'antica differenza tra 'l dominio quiritario, e 'l dominio bonitario (*d*), non si dubita, esser le doti nel dominio della moglie, non già del marito, che ne ha la semplice amministrazione, e ne fa suoi i soli frutti. Quinci segue, che la promessa della dote, comecchè, per rispetto de' frutti, formi un credito del marito, nondimeno, per rispetto del corpo dotale, forma un credito della sola moglie. Dunque i duc. 20m., che furono ad Anna assegnati in dote, e che a tenor de' Capitoli era- 12

(a) *Tit. 4. §. 7. num. 26.*
(b) *Decis. 3. num. 15.*
(c) *Tom. 3. alleg. 134. a num. 4.*
(d) *L. un. C. de nudo jure Quirit. toll.*

erano da *impiegarsi in compra*, si dovean pagare ad Anna per lo dritto, che avea sul corpo dotale, ed a Giambatista per lo dritto, che avea su i frutti: o pagandosi a Giambatista gli si dovean pagare come a marito, e legittimo amministratore, non in modo, ch'e' ne acquistasse il dominio: seguentemente, essendo il feudo di Cercemaggiore divenuto il fondo dotale di Anna, era da darsi in modo, che ne acquistasse il dominio Anna, non Giambatista: ed al contrario, essendosi dato, e ricevuto in modo, che da Giambatista, non già da Anna, il dominio se ne acquistasse, è chiaro, che del tutto
13 nulla fu cotesta dazione *in solutum*. Nullo per Legge è 'l pagamento, che fa'l debitore al non suo creditore (a). Dunque, per la prima massima, nullo fu 'l R. assenso, che sulla detta *in solutum* dazione s'impetrò da Giambatista, e'l feudo di Cercemaggiore è ancora in Casa Ferrillo.

Che se fosse stata da principio valida, qual non fu, cotesta *in solutum* dazione, l'annullaron poi i contraenti medesimi, quando 37. giorni dopo, per lo Banco della Pietà, pagarono i Ferrilli a Giambatista i duc. 20m. come dotali di Anna, e per lo medesimo Banco gli restituì loro Giambatista come prezzo del feudo di Cercemaggiore. Colla dazione *in solutum* acquistavasi a Giambatista il dominio del feudo: col pagamento fatto a Giambatista de' duc. 20m., e colla restituzione fatta di essi, acquistavasi ad Anna, perchè come in esecuzion de' Capitoli pagavansi a Giambatista i duc. 20m. colla qualità di danaro dotale di Anna, così ancora in esecuzion de' suddetti Capitoli s'impiegavano nella compera di quel feudo: nel qual caso non è da dubitare, che 'l dominio del feudo, per potestà di Legge, da Anna acqui-
sta-

(a) *L. si duo rei* 128. *de verb. obl.*

stavasi, non da Giambatista. Ciò tanto è vero, che 14 sebbene sia regola di Legge, che chi compera per se un fondo col danaro di altrui, *non ei, cujus numi fuerunt, sed sibi tam actionem emti, quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quaerit*, restando debitore del danaro, come rescrissero gl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano (*a*): nondimeno cessa la regola nella compera, che 15 altri faccia del fondo col danaro dotale: *Speciale est*, sono parole di Anton Perezio (*b*), *ut res pecunia dotali emtae pertineant ad mulierem*. Or poichè incompatibili sono due atti, l'un de' quali dà 'l dominio della cosa a Tizio, l'altro a Tizio il toglie, e dallo a Cajo, necessariamente ne segue, che col secondo atto del pagamento fatto a Giambatista, e della restituzion de' duc. 20m. fatta ai Ferrilli, si novò, e si annullò quel primo della dazione *in solutum*: ed ecco, che, annullata l'*in solutum* dazione, ch' era il principale, si annullò ancora l' assenso, ch' era l' accessorio; e dal Marchese di Cercemaggiore si possiede oggi il feudo senz' assenso.

Nè si può dire, che l' assenso caduto sulla dazione 16 *in solutum*, possa giovare alla compera, che co' 20m. ducati dotali di Anna si fece poi di quel feudo; poichè, contra la seconda massima, si estenderebbe l' assenso da contratto a contratto, da persona a persona, e da tempo a tempo. Si estenderebbe da contratto a contratto, perchè la dazione *in solutum* è simile alla vendita, ma 17 vera vendita non è. Fanno di ciò chiarissima pruova un luogo di Ulpiano (*c*), ov' è scritto: *Emtori SIMILIS est is, qui rem in solutum accepit*: un' altro dell' Imp. An-

---

(a) *L. 8. C. si quis alteri, vel sibi alien. pec.*
(b) *Ad d. tit. C. num. 4.*
(c) *L. is qui 15. ff. quib. ex caus. in possess.*

Antonino (*a*): *Hujusmodi contractus* (parla della *in solutum* dazione) *VICEM venditionis obtinet*; e i due separati e distinti titoli delle Pandette *Pro soluto*, e *Pro emtore* (*b*). Tanto basta, perchè nelle materie di stretta interpetrazione non possa estendersi la disposizion dell'uomo, o della Legge dall'uno all'altro contratto. Di più stretta natura, che lo Statuto, è l'assenso del Principe:
18 e nel caso dello Statuto, che parli della vendita, non già della dazione *in solutum*, scrive il Mantica (*c*), che, *licet datio in solutum sit similis venditioni*, *tamen stricte non est venditio*, *& ideo in Statuto non continetur*. Si estenderebbe da persona a persona, perchè l'assenso da Giambatista fu chiesto per se, non per Anna, ed a Giambatista non ad Anna fu dato. Finalmente si estenderebbe da tempo a tempo, perchè quando fu chiesto, era cosa già fatta l'*in solutum* dazione, e cosa da farsi era l'impiego del danaro dotale nella compera del feudo.

Ma si faccia finita. L'assenso da Giambatista ottenuto sulla dazione *in solutum*, in vece di registrarsi dentro il biennio, fu registrato addì 3. del mese di Luglio dell'anno 1663; vale a dire dopo tre anni, e mesi: e ne fa fede il Conservatore de' Quinternioni della R. Camera. Dunque, in virtù della terza massima, si ha come non dato. Nè giova al Marchese di Cercemaggiore quel, che lo stesso Conservatore soggiunge, che la registrazione seguì *per ordine di S. E. lapsu temporis non obstante*; poi-

(a) *L.* 4. *C. de evict.*

(b) *In alcune edizioni*, *il titolo* Pro soluto, *non è separato dal titolo* Pro emtore: *ma separato si osserva nella edizion volgata*, *ed in quella di* Aloandro: *e separato il vuole* Dionigi Gotofredo *sulla L.* pro soluto 46. ff. pro emt.

(c) *De tacit. & ambig. convent. lib.* 3. *tit.* 8. *num.* 12.

poichè sebbene non altro, che questo si trovi notato (giacchè 'l quinternione di quell' anno sull' entrare del discorrente secolo si perdè) nondimeno non è da dubitare, che 'l Vicerè dispensò colla giunta di queste altre parole, *citra praejudicium jurium R. Fisci*, *& partium:* e lo stesso Conservatore non ce ne fa dubitare. Che se dal Vicerè si fossero omesse, si dovean per Legge aver come apposte. Il solo Re con certa scienza, e per pubblica causa può derogare ai diritti del terzo, come maestrevolmente dal Grozio s' insegna (*a*). Or nel tempo, che si frappose tra l' impetrazione, e tra la registrazion dell' assenso, erasi lo stato delle cose mutato in guisa, che, dovendo l'atto della registrazione, in virtù di legal retrotrazione, ricorrere al tempo dell' atto della impetrazion dell'assenso, ciò non potea seguire senza offendere il jus del terzo, per quel, che ora soggiungo. Il feudo di Cercemaggiore si apparteneva al solo Filippo, ch'era il primogenito de' tre fratelli, e dal solo Filippo fù venduto a Giambatista. Carlo, e Marcantonio intervennero all'atto come rappresentanti rate di prezzo. Or perchè potesse farsi luogo alla retrotrazione dell' atto della registrazione, era necessario, che Filippo fino al tempo della registrazione conservasse quel diritto, ch' e' solo avea su quel feudo. Ma 'l conservò fino al dì 1. del mese di Gennajo dell'anno *1662*, e non oltre. In quel dì ricevè dal Vescovo di Carinola la prima cherical tonsura, come dalla Bolla, che si è presentata: ed in quel giorno istesso, anzi in quello stesso momento, nel quale cherico divenne, perdè quel diritto, che avea sul feudo, e questo passò, come saetta, in Marcantonio, giacchè cherico era anche Carlo. Ed ecco, che la dispensa da Giambatista ottenuta, come quella, che derogava al di-

19

(a) *De jure bel. lib.* 2. *cap.* 14. §. 7.

diritto un anno, e sei mesi prima acquistato da Marcantonio, fu nulla, e nulla fu la registrazione: e perchè si potesse il feudo acquistare da Giambatista, richiedevasi un nuovo consenso dispositivo del successore di Filippo, ed un nuovo assenso del Principe.

20 E' massima appresso i Feudisti indubitatissima, che sebbene alienandosi il feudo senza l' assenso, l' atto sia nullo, nondimeno ne nasce la speranza, che possa diventar valido, ottenendosi, quandochè sia, l'assenso: ma questa speranza, morendo l'alienante, primachè l'assenso s'interponga, svanisce del tutto, perchè passato è allora il feudo nell' erede, cui non obbliga il fatto nullo del defunto: onde senza nuovo fatto dell' erede, non può tornare la svanita speranza: *Spes reconvalidationis contractus ex supervenientia assensus*, così scrive il de Ponte (a), *amittitur per mortem feudatarii alienantis; nam dixit Isernia, quod id, quod fecit defunctus, fuit invalidum, & nullum; & spes, quae erat, ut convalesceret per confirmationem, evanuit per ejus mortem, confirmatione non sequuta, dominio translato in heredem: idemque tractu temporis sine novo facto heredis non convalescit, nec obligavit heredem factum illud defuncti nullum*. Nè per cotesto nuovo fatto s' intende il tacito consenso dell' erede: esser deve un nuovo contratto, sopra cui cada un nuovo assenso: *In tantum*, così soggiunge il de Ponte, *quod Doctores voluerunt, non sufficere tacitum heredis consensum, sed requiritur novus dispositivus per novum contractum, & super novo contractu novus assensus; nam, mortuo alienante, dominium translatum fuit in heredem, ob quod non potest amplius impetrari assensus super re defuncti, si dominium tempore, quo assensus impetratur, est heredis, & con-*

(a) *De pot. Proreg. tit. 6. §. 1. num. 11. in fin. & num. 12. & 13.*

& contractus defuncti nullus, tanquam talis, evanuit. Lo stesso si legge appresso il de Marinis (*a*), il Rodoerio (*b*), e'l de Luca (*c*): nè ci è chi contraddica. Or non ci ha differenza tra'l caso, che dopo la morte dell'alienante s'interponga l'assenso, e'l caso, che s'interponga dopo il chericato; poichè come per la morte, così per lo chericato, il feudo si perde dall'alienante, e se ne trasferisce il dominio nel successore; e così nell'uno, come nell'altro caso, caderebbe l'assenso sopra la roba altrui. Un caso, al nostro simigliantissimo, trattò Camillo de Medici, cioè'l caso di una feudataria, che per lo monachismo avea perduto i feudi; e dell'assenso spedito dopo il monachismo, scrisse così (*d*): *Si ergo assensus expeditur tempore inhabili, quo Victoria ingressa est Monasterium, & feuda amisit, quia transiverunt ad successores, sequitur, assensum non valere, tanquam expeditum super feudo alterius; quemadmodum assensus expeditus post mortem alienantis feudum non valet in praejudicium heredis, ad quem feudum devenit, quia tunc Rex, dispensando, assentit super alieno: non mirum si novus consensus heredis requiritur, & super illo novo consensu Regis assensus impetrari debet.* Nè ci è differenza tra'l caso, che dopo la morte, o'l chericato dell'alienante non siesi ancora impetrato l'assenso, e'l caso, che siesi impetrato, ma non ancora registrato, poichè, richiedendosi la registrazione *pro forma*, come prima della impetrazione, così prima della registrazion dell'assenso, l'atto dicesi nullo; nè altro ci è, che la nuda e semplice speranza, la quale per la morte, o per lo chericato dell'alienante sva-

21

22

Ss 2 nisce

(a) *Lib.* 1. *resol. cap.* 25. *num.* 1.
(b) *Ad de Marin. loc. cit.*
(c) *Ad de Marin. loc. cit.*
(d) *Consil.* 24. *num.* 32.

niſce del tutto. Che ſe ſi voglia dire, che durante il biennio, dentro cui l' aſſenſo doveaſi regiſtrare, era l' atto per l' aſſenſo impetrato anzi ſoſpeſo, che nullo, certamente, non ſeguita la regiſtrazione dentro il biennio, l'aſſenſo fu riſoluto, e l'atto ſi ebbe come da principio nullo: e poichè la diſpenſa ſi ottenne dopo il chericato dell'alienante, non potea trarſi in dietro in pregiudizio del nuovo ſucceſſore nel feudo, anche perchè, avendoſi la diſpenſa come una nuova grazia, deve operare *ex tunc*, come parlano i Dottori; e trovandoſi in quel tempo o morto, o cherico l' alienante, non può confermare quel primo contratto, che non ci è più dopo la morte, o'l chericato. Aveva il Conte, e poi Duca di Monteleone, negli anni 1526, e 1533, ottenuto dall' Imp. Carlo V. la grazia di fondare un majoraſco ſopra i ſuoi feudi alterandone la natura, ma non ne avea curata la regiſtrazione dentro al tempo preſcritto: onde ſi ebbe a ricorrere nuovamente all' Imperadore per la diſpenſa, e queſta nell'anno 1554. ſi ottenne; ma, trovatoſi morto il Duca, e paſſato il dominio de' feudi nel ſucceſſore, ſenza la cui volontà non poteano i feudi ſottoporſi a majoraſco, il Capecelatro dimoſtrò, che la detta diſpenſa, come nuova grazia operante *ex tunc*, non potea confermare quel majoraſco, che più non ci era: *Quamvis in anno* 1554, ſono ſue parole (*a*), *fuerit per S. C. C. M. conceſſum, ut, non obſtante lapſu temporis, regiſtrarentur, illa fuit nova gratia, & ex tunc caeperunt habere vires privilegia praedicta, quod patet ad ſenſum, quia privilegia per prius conceſſa per temporis lapſum nunquam fuiſſent in rerum natura ... quumque ſit neceſſarius nedum aſſenſus ſuae Majeſtatis, ſed etiam ut adſit voluntas ipſius feudatarii, ſequitur, quod quum in anno*

(a) *Lib.* 1. *conſult.* 52. *num.* 13, & *num.* 20, & *ſequ.*

anno 1554, *quo tempore fuit expedita dispensatio, mortuus erat Dux, qui majoratum erexit, assensus, sive privilegium superveniens, non habet instrumentum vinculationis, ubi figat pedes, ex quo dominium feudorum jam translatum erat in successorem.*

Era dunque necessario un nuovo contratto col successore di Filippo, e sopra questo cader doveva un nuovo assenso; ma nè questo, nè quello ci è stato: anzi, venuto il feudo a Giuseppe, ne rivocò costui la *in solutum* dazione, e la vendita in virtù della Costituzione, *Constitutionem Divae memoriae*; e venuto ultimamente a Gaetano, ha costui, in virtù della stessa Costituzione, rivocata la transazion dell'anno 1722.

Si vegga ora, quali risposte a coteste obbjezioni rende il dotto Contraddittore. Ai legali motivi, pe' quali è da dire, che fu la detta *in solutum* dazione o da principio nulla, e perciò senza assenso, od annullata da' medesimi contraenti senzachè nuovo assenso si fosse interposto sul nuovo contratto, nulla risponde. Nulla ancora dice del non essersi ottenuto l'assenso sulla transazione dell'anno 1722, e nulla della rivoca dell'anno 1773. Parla solamente della registrazion dell'assenso, e della rivoca dell'anno 1738.

Per rispetto della registrazione, e' dice, che questa si è introdotta, e si ordina, che si faccia per lo solo interesse del R. Fisco, non già per lo privato interesse delle parti, valendosi dell'autorità del de Ponte, che scrisse (a): *Assensus non est registratus in R. Camera, quod non interest respectu partium, sed factum est respectu fisci, & ideo quandocumque potest registrari, & sic est consuetum; registrantur enim assensus in R. Camera, ut sciat Rex ejus feudatarios, & in quinternionibus ponat: quod non tangit* 24

par-

(a) *Consil.* 17. *num.* 8.

partes, ideoque respectu partium assensus est jam perfectus, & validus.

25 Ma 'l de Ponte scrisse così per servire alla causa, e non trovò nè meno tra' *Consulenti* un solo da citare in suo pro: nè riflettè, che quel solito, che allegò, dicendo, *& sic est consuetum*, gli era più, che ogni altra cosa, contrario; giacchè 'l solito è sempre stato di non altrimenti permettersi la registrazion dell'assenso dopo il biennio, che colla giunta della clausola, *citra praejudicium R. fisci, & partium*. In somma non ci è Dottore, che, cotesto punto trattando, ponga differenza tra l'interesse del R. Fisco, e l'interesse delle parti: al contrario in più casi, ne' quali del solo interesse delle parti si disputava, per la nullità dell'assenso si è giudicato dal S.Consiglio (a). Lo stesso de Ponte in un altro suo *Consiglio* il contrario insegnò, e (quel che importa) l'insegnò per le regole del dritto, e per lo comun sentimento de' Dottori. Opponeasi al de Ponte quello stesso, che, per la di lui autorità, mi oppone oggi il venerato Contraddittore, cioè, che la registrazion dell'assenso riguarda l'interesse del R. Fisco, non delle parti (b): ed e' rispose così: *Ex quibus apparet vanum esse dicere registrationem hanc tantum in Camera fieri ob fisci interesse, ut suos sciat feudatarios, non autem quoad perfectionem gratiae inter partes, quae ex verbo* (fiat) *fuit etiam perfecta; nam dum Rex assentit, non tam quaerit prospicere partibus, quam etiam sibi ipsi pro ejus interesse, & quanto magis conditiones assensus sunt in ejus beneficium, tanto magis erunt illae adimplendae, & custodiendae, nam si interesse voluntatis erit considerabile, quanto fortius interesse formatum ex registratione facienda in Regia Camera ad sciendum suos feudatarios, quomodo feu-*

(a) De Marinis *alleg.* 134. *num.* 4. *&* 5. *tom.* 3.
(b) *Cons.* 5. *num.* 64. vers. *Ex quibus ad num.* 70.

feuda illi possideant, quomodo servitia ab illis exigi debeant, & quomodo illa ad Regiam Curiam devolvantur: unde sufficit, quod gratia haec assensus sit sic qualificata, & non aliter Rex voluerit eam valere, & quod sit facta cum qualitate tali, quod ex deficientia illius actus resolvatur a principio, ut ex praealleg. Et hoc est, quod in proposito dixit Andr., quod modus, & conditio a pari procedunt in egressu revocando actum, & annullando, non ut ex nunc, sed ut ex tunc, ut in proposito satis eleganter tradit in c. 1. §. sed nec est alia justior, *3. colum. num. 40. quae sit prima causa benef. amitt. Unde, & si gratia erat perfecta quoad partes, non tamen erat quoad Regem, qui voluit in tantum inter partes valere, illisque concedere, in quantum conditio, seu modus in gratia appositus adimplebatur, ut si dicamus hanc considerationem non mereri allegari: & Afflict. in praedicta decis. 335. jam loquitur de nullitate assensus inter partes ob hunc defectum. Ex quo sequitur, quod aut pars vult dicere, gratiam perfectam ex memoriali expedito per verbum* fiat, *& hoc est vanum, quia, si illud non deducitur in formam privilegii virtute Pragmaticarum, non est dubium nullum: aut vult dicere, gratiam perfectam ex expeditione privilegii in forma Cancellariae, & tunc dico, quod, quum haec expeditio habeat in se requisitionem hujus sollemnitatis effectualis cum clausula annullativa infra certum tempus, non poterit pars hoc privilegio se juvare, nisi cum qualitatibus suis, considerando individuitatem voluntatis expedientis gratiam, & privilegium juxta tradita per Bar. in L. Graece in* §. illud, *ff. de fidejuss. Sequitur propterea, quod, stante defectu registrationis, datur pernecesse annullatio privilegii, & consequenter cessat motivum, de quo supra.*

Per rispetto poi dell'azione, onde Giuseppe Ferrillo 26 rivocò nell' anno 1738. la dazione *in solutum* dell' anno 1659, dice, ch' essendo questa a beneficio di Marcanto-

nio

nio primamente nata nell'anno 1662, nel quale Filippo divenne chierico, era già prescritta per lo corso di anni 30, per lo qual tempo prescrivesi tra' privati il jus di vindicare il feudo a tenore del jus feudale comune nel Capitolo, *Si quis per triginta*, espressamente confermato appresso noi dall'Imp. Federigo nella Costituzione, *Consuetudinem pravam*.

27 Rispondo, che cotesta prescrizion tricennale fu dal jus feudale comune introdotta, e dalla nostra Costituzion confermata in pena della grave negligenza de' feudatarj, che poteano, se non altro, *per conventionem legitimam*, cioè col primo libello notificato al possessore del feudo interromperla. Vien ciò chiaramente espresso nella nostra Costituzione colle seguenti parole: *In hoc saltem de evidenti desidia excusari non possint, quod interruptionem praescriptionis per conventionem legitimam, aut contestationem litis inducere potuerunt:* nè gli Spositori della Costituzione lasciaron di notarlo: *Feudum praescribitur* (dice l' antica Glosa sulla parola *Consuetudinem*) *in odium, & propter negligentiam primi possessoris, qui saltem per conventionem, vel litis contestationem potuit interrumpere praescriptionem* = *Intelligitur haec Constitutio* (dice l' Isernia) *in feudatario negligente* = *Inter privatos praescribitur feudum* (dice Matteo degli Afflitti) *per possidentem spatio 30. annorum, sine legitima interruptione, & adversario suo praesente, qui fuit negligens in petendo jus suum.* Dunque a cotesta prescrizion tricennale non altrimenti può farsi luogo, che, posta la negligenza del feudatario. Nè basta qualunque negligenza. Esser dee notoria a segno, che non possa il feudatario scusarsene: *De EVIDENTI desidia*, dice la Costituzione, *EXCUSARI NON POSSINT*. Or dove è giusta ignoranza, quivi esser non può negligenza: conseguentemente non può quivi cotesta prescrizione aver luogo.

Ciò

Ciò tanto è vero, che se mai ci sia Statuto (come ce ne ha in Italia, e fuori) il qual faccia correre il tempo anche a danno dell'ignorante, da gravissimi Dottori s'insegna, che, come contrario alla giustizia naturale, o non debba osservarsi, o si debba dal Giudice interpetrare in modo, che si restringa alla sola ignoranza affettata. Così, dopo il Baldo, ed Angelo, il Ruino (a): *Quinimo etiam per Statutum fieri non posset, quod tempus curreret ignoranti*. Così ancora il Menochio (b): *Quum Statutum prohibet ignorantiam allegari posse.... Johannes de Anania hanc doctrinam intelligit procedere quoad injustam, & crassam ignorantiam, non autem quoad justam, & probabilem, quae a Statuto non censetur sublata, nec auferri posse videtur: quod senserunt Baldus, Salicetus &c. Et hanc declarationem ego pariter probo*. E chi è, che in Marcantonio Ferrillo, della cui semplicità tante, e sì chiare pruove in questa causa abbiamo: chi è, che non ammetta una più che *giusta, e probabile ignoranza* del dritto, e del fatto? Della più che *giusta, e probabile ignoranza* del dritto, non è certamente da dubitare. L'error di Legge, trattandosi di evitar danno, non nuoce (c). L'ignoranza del fatto, trattandosi del fatto di altrui, non del proprio, si presume sempre per Legge: ed un fatto di altrui era la registrazion dell'assenso. Questa istessa ignoranza è, senz' alcun dubbio, da ammettersi in Giuseppe Ferrillo. Costui, nel tempo del chericato di Filippo, e della registrazion dell'assenso, non era ancora nato: e nell'anno *1690*, nel quale morì Marcantonio suo padre, avea soli *9*. anni: nè o nell'anno *1619*, quando, interrompendo la prescrizione, se mai fosse in lui comincia-

28

29

30

(a) *Cons.* 54. *num.* 10. *lib.* 5.
(b) *De arbitrar. cas.* 186. *num.* 10. & 11.
(c) *L. juris* 7. & *L. error* 8. *ff. de jur. & fact. ignor.*

ta sull' entrare della età maggiore, impugnò giudiziariamente la dazione *in solutum*, o nell'anno 1622, quando venne a transazione col Marchese di Cercemaggiore, ebbe mai notizia del tempo, e delle circostanze del tempo, in cui l' assenso fu registrato, perchè nel giudizio, e nella transazione se ne sarebbe valuto in suo pro: e non men per rispetto di lui, che per rispetto di Marcantonio, era cotesto un fatto di altrui.

31 Rispondo ancora, che dall' anno 1662, in cui Filippo divenne chierico, fino all'anno 1719, in cui giudiziariamente s' impugnò la dazione *in solutum*, corsero non più che 56. anni, da' quali, anche secondo la Costituzione, *Consuetudinem pravam*, sarebbe da dedursi l' età minore di Giuseppe. Pur non se ne deduca al-
32 cun tempo. Certamente non mi si oppone la prescrizion centenaria, o l' immemoriale, che non solo per disposizion del jus Civile, ma per disposizione ancora del jus Canonico, da se vale per titolo, ed esclude qualunque
33 presunzion di mala fede (a). Mi si oppone la tricennale, che, sebbene in virtù del jus Civile renda sicuro il possessore, tuttochè nè titolo abbia, nè buona fede (b); nondimeno, secondo il jus Canonico, che, dopo la notissima Decisione fatta dintorno a ciò dal S. Consiglio, è divenuto una Legge del Regno; non altrimenti giova al possessore, che se abbia titolo, e buona fede (c): e questa, e quello a Giambatista Doria mancaron del tutto: e, se si conceda, che non gli fosse mancato il titolo, conciosiachè la dazione *in solutum*, o la compera sia da se

(a) Gonzalez *ad cap. si diligenti* 17. *de praescript. num.* 15. De Rosa *consult.* 12. *num.* 46. & 47.

(b) *L.* 7. & 8. *pr.* & §. 1. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.*

(c) *Cap. vigilanti* 5. *de praescript.*

se atta a trasferire il dominio, gli mancò di certo la buona fede, la quale propriamente consiste *non in scientia rei alienae, sed in scientia injustae possessionis*, come, dopo il Cujacio, e l' Osualdo, scrive il Gonzalez (*a*), E come potea non essere ingiusto il possesso di quel feudo, che, o si abbia per titolo la dazione *in solutum*, che fu poi da' medesimi contraenti annullata, o si abbia per titolo la compera, che sussegui, sempre è vero, che fu posseduto senza le solennità dalla Legge necessariamente volute. Chiunque possiede roba, *sine sollemnitate a jure praescripta, malae fidei possessor est*, dice nel sopraccitato luogo il Gonzalez. Nè mi si dica, che di quel, che avvenne nel secolo passato, non è da giudicare secondo la suddetta recentissima Decisione del S. Consiglio, ma secondo il detto Capitolo, *Si quis per triginta*, e la detta Costituzione, *Consuetudinem pravam*, che ammisero la prescrizion tricennale, come aveala il jus Civile introdotta. Molto tempo prima del passato secolo, non che della recente Decisione del S. Consiglio, anche per la prescrizion tricennale il jus Canonico, nol Civile osservavasi nel nostro Regno: e'l notarono Matteo degli Afflitti, e Camillo de Curte, sponendo cotesti due testi feudali. Il primo, nel comento sul Capitolo *Si quis per triginta* (*b*), ci lasciò scritto così: *Ista possunt esse vera de jure civili, quod non consideravit Paradisum, & Infernum; sed de jure Canonico, dico, quod malae fidei possessor nullo tempore praescribit:* e nel comento sulla Costituzione di Federigo (*c*): *Fuit inventa* (la detta prescrizion di 30. anni) *ab Imperatoribus, qui non consideraverunt nec Infernum, nec Paradisum, sed,*

34

35

36

secundum jus Divinum, possessor malae fidei nullo tempore praescribit propter peccatum, quia retinet cum mala fide rem, quae est alterius. Il secondo (*a*) ancora scrisse: *Haec praescriptio annorum* 30. *procedit jure civili attento absque bona fide; sed de jure Canonico, etiam longior, sine bona fide non procedit* (*b*): *De iure Canonico, QUOD ATTENDENDUM EST, non servatur, quia omnino & bona fides, & tituli probatio requiritur.*

37 Che se a tenore del jus Canonico, perchè abbia luogo la prescrizion tricennale, assi a provare il titolo, non sarà mai vero, che 'l jus di rivocare l' alienazion del feudo alla prescrizion tricennale soggiaccia. Suppone cotesto jus, che manchi l' assenso o per fatto, o per dritto, come nel caso nostro, per rispetto della dazione *in solutum*, manca per dritto; e, per rispetto della compera, manca per fatto: seguentemente suppone, che 'l titolo, onde il feudo si possiede, sia un titolo, a cui resista la Legge, e perciò manifestamente vizioso: onde, mancando la pruova del giusto titolo, anzi essendoci la pruova contraria, cessa del tutto la prescrizione. Tratta maestrevolmente un tal punto il Molina (*c*), distinguendo due casi: l' uno, quando il titolo *non est omnino a jure reprobatus, sed talis, cui nec jus assistat, nec resistat, seu in quo modicae sollemnitatis defectus invenitur:* ed in questo caso, e' dice, che non basta a non far valere la prescrizion di 30. anni: l' altro, quando il titolo *est reprobatus a jure, & cui lex resistit, seu manifeste vitiosus* (e reca l' esempio di un contratto fatto senza le debite solennità, qual è 'l nostro) ed in questo caso e' dimostra, che la prescrizion di 30. anni non vale nè molto, nè poco. Ol-

(a) *Divers. jur. feud. num.* 127.

(b) *Num.* 132.

(c) *De primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 68. *vers.* Caeterum.

Oltracciò rispondo, che potrebbero aver luogo i suddetti due testi feudali oggi, che per somma nostra ventura, presente nel Regno è 'l Sovrano, non quando ancor fosse, com'è stato per tanti, e tanti anni, governato il Regno da' Vicerè. Strano, a prima giunta, par questo, che dico: e pure dico io cosa da' Dottori insegnata senza contraddetto di alcuno. Il Capitolo del jus feudale comune, parla di colui, che per 30. anni *feudum possedit, & servitium Domino exhibuit, quamvis non sit investitus*. Parimente di colui parla la nostra Costituzione, che per 30. anni *feudum possidet, de quo certum, & designatum servitium Curiae debeatur*. La prescrizion tricennale de' feudi, non nel solo possesso di 30. anni si appoggia, come la tricennale delle altre cose a tenore del jus Civile. Si appoggia ancora nella prestazion del servigio feudale: e forse in questa, più che in altro, si appoggia. Colui, che, possedendo l'altrui feudo, presta per 30. anni il servigio al Principe, col fatto gliene chiede l'investitura: e 'l Principe, che per 30. anni accetta il servigio, che da colui gli si presta, gliene dà col fatto l'investitura. Ecco un tacito contratto tra 'l Principe, e 'l vassallo: ecco una investitura presunta. Così, dopo l'Isernia, Matteo degli Afflitti (*a*): *Praesumitur legitime investitus . . . . praesumitur investitura, & dicitur ista praesumta investitura*. Così Camillo de Curte (*b*): così Orazio Montano (*c*), ed altri. Che se da cotesta presunta investitura dipende la prescrizion tricennale de' feudi, ecco la ragion della differenza tra 'l caso dell'assenza, e 'l caso della presenza del Re. Quando è 'l Re presente nel Regno ...

38

39

40

chi può dare la vera investitura, qual'è la sola sacra persona del Sovrano: quandochè poi assente dal Regno è'l Principe, e quì tiene il suo luogo un Vicerè, l'atto della prestazion del servigio si spedisce allora dinanzi a colui, che non ha la potestà di dar la vera investitura: e se potesse aver luogo, in tal caso, l'investitura presunta, ne seguirebbe una sconcezza, cioè, che quel Vicerè, ch'espressamente non può darla, la darebbe tacitamente, e presuntivamente, e varrebbe più 'l tacito, che l'espresso, più 'l presunto, che 'l vero: *Aliud notabile*, dice Camillo de Curte (*a*), *in hac materia praesumtae investiturae est ostendendum, quod illa locum habet, quando actus, qui fiunt pro illa inducenda, fiunt coram ipso, qui de novo posset facere investituram veram: si autem fierent coram eo, qui tali auctoritate careret, tunc talis investitura praesumta non induceretur: & ratio in promtu est efficacissima, ne plus valeat tacitum, quam expressum, & magis praesumtio, quam rei veritas*. Non altrimenti il Montano (*b*): *Demum in hac praesumta investitura praescripta attendi debet, quod praestatio servitii feudalis pro re possessa, fiat ipsi Domino, qui potest de novo investire, alias si fieret Procuratori, vel Vicario illius, vel minori, non induceretur talis praesumta investitura, ne plus valeat tacitum, quam expressum, & magis praesumtio, quam rei veritas. Et ideo in Regno nostro non potest practicari haec praesumta investitura ob absentiam Regis, cujus Prorex non potest de novo investire*. E quà si appartiene quel, che di se scrive Gianvincenzo d'Anna. E' scrive (*c*), ch'essendo giovane, e difendendo nella R. Camera co-

(a) *Loc. cit.*

(b) *Loc. cit.*

(c) *In repet. rubr. & cap. 1. de vasal. decrep. aetat. num.* 451.

cotesta presunta investitura, presente il Luogotenente di quel tempo Francesco Revertera, costui gli rispose, che l' allegata investitura non avea luogo nel Regno senza dirgliene la ragione; ma che, fattosi egli a ricercarla, trovò, che la ragione era l'assenza del Sovrano dal Regno: *Dum caussas agebam in R. Camera, quum juvenis essem, coram illo doctissimo Locumtenente Francisco Reverterio, allegabam banc nostram praesumtam investituram, & saepe nos docebat, non procedere in Regno, neque nobis aliquid allegabat sola sua maxima auctoritate fretus. Sed ego considerabam, fuisse rationem, quia talis praesumta investitura desiderat praesentiam Domini in Regno, qui, quum semper absens sit, nunquam possit considerari talis praesumta investitura:* ed ora s'intende, perchè 'l de Rosa (*a*), e 'l de Luca (*b*), in parlando del Capitolo *Si quis per triginta*, ch' è la stessa cosa, che la nostra Costituzione, ci lasciarono scritto: *Doctores nostri* (usarono essi le stesse parole) *communiter volunt, in Regno non babere locum textum in* cap. *Si quis per triginta*.

41 Finalmente rispondo, che sebbene il Reggente de Marinis (*c*), per argomento tratto dai due sopraccitati testi feudali, avesse opinato prescriversi per lo silenzio di 30. anni l' azion rivocatoria dell' alienazion del feudo, nondimeno, non è valuta nel foro la di lui autorità contra la comune ricevutissima sentenza, che prescrivasi per quello stesso spazio di tempo, che in virtù della Costituzione *Quadragenalem* si richiede a prescrivere il R. assenso, e 'l jus della caducità spettante al R. Fisco per l' alienazion fatta del feudo senza l' assenso del Principe;

vale

vale a dire, per lo spazio di anni 100. Questa è la dottrina degli antichi Spositori delle nostre Costituzioni: ed o quanto belle sono le ragioni, onde la confermano due giudiziosissimi Scrittori de' tempi a noi vicini, Giuseppe de Rosa (*a*): e 'l Canonico de Luca (*b*). Non si
42 dubita, che per lo jus feudale comune nel *Cap.* 1. *Imperialem de probib. feudi alien. per Feder.*, e nel *Cap.* 1. *de vasal. qui contra Const. Loth.* l' alienazion del feudo senza l'assenso del Principe era nulla a segno, che quantunque i contraenti la rivocassero, non evitavan perciò la pena della caducità. Nè men si dubita, che l' Imp. Federigo II. colla Costituzione, *Constitutionem Divae memoriae*, nel tempo istesso, che lasciò salvo al suo R. Fisco il jus della caducità, fece a' feudatarj la grazia di poter evitare la detta pena, rivocando, prima di esser prevenuti dal Fisco, le alienazioni fatte senza l'assenso. Ce ne assecurano l' Isernia (*c*), l' Afflitto (*d*); il Conf. di Giorgio, e i Reggenti Tapia, e Galeota appresso il de Rosa (*e*). Posto ciò, chi non intende, che tanto durar dee ne' feudatarj il jus di rivocare le sì fatte alienazioni, quanto dura nel Fisco il jus di pretendere la caducità? La grazia fatta a' feudatarj da Federigo, fu non altro, che un rimedio contr' al male, che lor faceva il jus feudale comune: nè un rimedio inefficace, ed incerto, ma efficace, e sicuro, come quello, che lor veniva dalla Legge del Principe, donde veniva anche loro

(a) *Consult.* 23. *a num.* 44.
(b) *Ad de Marinis d. cap.* 234.
(c) *Ad d. cap. Imperialem num.* 16.
(d) *Ad Const. Constitutionem divae memoriae, num.* 40, & *decis.* 335. *num.* 11.
(e) *Num.* 47.

loro il male. E com'è da credere, che quel Principe, il quale di proprio moto, e per Legge generale, volle far grazia a' suoi feudatarj di un rimedio tanto efficace, e sicuro, volesse poi, che 'l mal durasse molto più, che 'l rimedio? Oltracciò, non può negarsi, che costesto jus di rivocare, non altronde nasce, che dalla nullità dell'atto, conciosiachè non altrimenti ci permetta la Legge di venire contr'al fatto proprio, che quando l'atto è nullo del tutto (*a*). Se dunque la nullità dell'alienazione, ch'è la causa dell'azione, dura 100. anni, tanto, e non meno, dee durar l'azione, che n'è l'effetto. 43

Nè la Costituzione, *Consuetudinem pravam*, può, come crede il de Marinis, trarsi al caso della Costituzione, *Constitutionem divae memoriae*. In quella prima, si suppone alienato il feudo con tutte le solennità; ma *a non domino*, *ideoque non est locus caducitati*, ch'è l'interesse del Fisco, *quia alienatio facta a non domino, non potuit efficere, ut verus dominus in caducitatem incurreret*: in questa seconda, si suppone alienato dal vero padrone il feudo, ma senza l'assenso, onde ci è l'interesse del Fisco, *ob caducitatem incursam*: conseguentemente, nel caso di quella prima Costituzione, è diretta la prescrizione contra la parte, che per inescusabile negligenza lascia per 30. anni possedere il suo feudo da un terzo, che non ha causa da lui: al contrario, nel caso di questa seconda, è diretta la prescrizione *contra fiscum*, perchè *non potest dari praescriptio adversus facultatem revocandi, quin eodem tempore praescribatur adversus fiscum caducitas jam incursa, ad quam evitandam concessa est par-* 44

ti facultas revocandi. Così 'l Canonico de Luca, *verſ. Primo quia*. E tanto baſta per ora.

Di Caſa nel dì 30. del meſe di Agoſto
dell'anno 1774.

Fine del Tomo VII.